UNIVERSITÉ D'ALGER — FACULTÉ DE DROIT

ANNÉE 1919 — N° 1

L'ADOPTION
EN
DROIT MUSULMAN

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

présentée et soutenue publiquement, le 12 Avril 1919

PAR

Octave PESLE

ALGER
IMPRIMERIE F. MONTÉGUT
12, Rue Charras, 12
—
1919

ERRATUM

Page 10, ligne 10, au lieu de : Eh, lire : Ech.

Page 51, ligne 5, au lieu de : adopter, lire : épouser.

Page 54, lignes 32 et suivantes, au lieu de : la donation opérait, etc..., lire : la donation impliquait, pour devenir définitive, le déssaisissement du donateur, la mise en possession du donataire.

Page 63, ligne 3, au lieu de : entre les docteurs de l'époque ou « Mouta'akhirouns », lire : entre les docteurs de l'époque postérieure à celle de la fermeture de la *porte de l'effort* ou « Mouta'akhirouns ».

Page 77, ligne 1, au lieu de : chraah, lire : chraa.

L'ADOPTION

EN

DROIT MUSULMAN

UNIVERSITÉ D'ALGER — FACULTÉ DE DROIT

ANNÉE 1919 — N° 1

L'ADOPTION

EN

DROIT MUSULMAN

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

présentée et soutenue publiquement, le 12 Avril 1919

PAR

Octave PESLE

ALGER
IMPRIMERIE F. MONTÉGUT
12, Rue Charras, 12

1919

Université d'Alger — Faculté de Droit

MM. MORAND ✻, I. ✻, Doyen, Professeur de Droit musulman.
THOMAS, I. ✻, Assesseur du Doyen, Professeur de Droit Romain.
VINCENT, I. ✻, Professeur de Droit civil.
CHARPENTIER, I. ✻, Professeur de Législations Algérienne et Tunisienne.
PELTIER, I. ✻, Professeur d'Histoire générale du Droit français.
MALLARMÉ, I. ✻, Professeur de Droit Administratif.
CHAUVIN, Professeur d'Economie politique.
TOURNYOL DU CLOS, Agrégé.
NIBOYET, Chargé des fonctions d'agrégé.
GÉMAHLING, Chargé des fonctions d'agrégé.
BERNARD, Chargé des fonctions d'agrégé.
LAVERGNE, Chargé des fonctions d'agrégé.

COLIN, I. ✻, Professeur honoraire.
GÉRARD, I., ✻, Professeur honoraire.

JURY DE LA THÈSE

Président	M. MORAND.
Suffragants	MM. CHARPENTIER. PELTIER.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A Monsieur MORAND

Doyen de la Faculté de Droit
d'Alger

reconnaissant et sincère hommage

A MES PARENTS

Affectueux et filial hommage

INTRODUCTION

De toutes les institutions du droit musulman, l'adoption est peut-être celle que les jurisconsultes ont le plus négligée. Alors que, par ailleurs, les études des grands jurisconsultes classiques sont si riches, si fertiles en controverses, si minutieuses et si précises dans l'examen des cas particuliers, elles sont à peu près muettes sur l'adoption. C'est ainsi que nombre d'auteurs comme Abou Chodja et Ebn Acem n'en parlent même pas ; d'autres, à l'exemple d'Ibrahim Halabi, ne la mentionnent que pour la confondre avec la reconnaissance de paternité ; d'aucuns, enfin, tels que Khalil, s'occupent exclusivement de la reconnaissance de paternité (1).

Ce silence s'explique d'autant moins que le Prophète a consacré plusieurs versets à l'adoption (versets 4, 5 et 37 du chapitre XXXIII du Coran) (2) ; et que ces versets sem-

(1). SAUTAYRA et CHERBONNEAU, *Du Statut personnel et des Successions*, t. I, p. 335.

(2) Verset 4 : « Dieu n'a pas fait deux cœurs à l'homme. Il n'a pas fait... que vos enfants adoptifs soient comme vos propres enfants. »

Verset 5 : « Appelez vos fils adoptifs du nom de leurs pères, ce sera plus équitable devant Dieu. Si vous ne connaissez pas leurs pères, qu'ils soient vos frères en religion et vos clients. »

Verset 37 : « Lorsque Zeïd prit un parti et résolut de répudier sa femme, nous l'unîmes à toi par le mariage, afin que ce ne soit pas pour les Croyants un crime d'épouser les femmes de leurs fils adoptifs, après leur répudiation. »

KASIMIRSKI, *Traduction du Coran*, p. 338, 339, 343.

blaient appelés à un retentissement d'autant plus grand qu'ils rompaient avec l'ancienne conception de l'adoption préislamique pour asseoir cette institution sur une base nouvelle, moins artificielle, plus en rapport avec les conceptions familiales du Prophète. Et cependant, force nous est de remarquer — quitte à en rechercher la cause plus tard — que ces versets n'ont pas provoqué les longs commentaires auxquels ont donné lieu tant d'autres réformes coraniques. Rares sont les auteurs qui, comme El Khazin et Eh Chenchouri, en ont donné une interprétation. De là la difficulté que présente cette étude.

Mais, quelle que soit l'indigence des textes qui la concernent, il n'en est pas moins vrai — et les documents les plus divers et les plus décisifs en font foi — que l'adoption a été pratiquée de tout temps par les Arabes. On la trouve en usage chez les Arabes de l'époque préislamique, et, dans les temps modernes, elle continue à être pratiquée par tous les musulmans, à quelque groupement politique ou géographique qu'ils appartiennent, encore que Mahomet l'ait diminuée dans nombre des effets qu'on lui reconnaissait au temps de la Djahilîa. Toutefois, il est à remarquer qu'elle n'a pas fonctionné suivant une conception uniforme durant ces diverses périodes de l'histoire arabe. Comme toutes les institutions, elle s'est modifiée et a évolué au cours du temps. C'est dans la distinction des diverses phases de cette évolution et plus particulièrement dans la notation des principales étapes qui la composent que nous avons trouvé les éléments d'une division logique de ce travail. Suivant l'ordre chronologique de ces étapes, nous l'avons divisé en trois parties :

La première est consacrée à l'étude de l'adoption préislamique.

L'étude des versets qui ont été révélés au Prophète sur l'adoption fait l'objet de la deuxième partie.

Dans la troisième, nous examinons ce qu'est devenue

cette institution et comment elle fonctionne en pays musulman.

Il va sans dire que cette dernière partie est de beaucoup la plus importante et la plus substantielle de ce travail, puisqu'en étant le principal objet.

PREMIÈRE PARTIE

L'adoption préislamique

L'adoption préislamique

A l'époque préislamique, la famille arabe est organisée suivant une conception militaire. Vaste quadrilatère de sable soumis à un régime d'excessive torridité, l'Arabie est pauvre de ressources. La vie y est difficile. Les rares produits naturels qu'offre son sol désertique sont mal répartis. Et, d'autre part, l'organisation politique et administrative du pays est encore trop rudimentaire pour que l'ordre public y soit respecté, la conservation et la transmission des richesses assurées. Aussi, à cette époque, l'Arabie est-elle en proie à d'interminables luttes intestines. C'est la période des vols à main armée, des pillages, des rapines, des rezouï, des djich.

Pour résister aux attaques incessantes dont elle est l'objet, de même que pour tenter un coup de main fructueux, il faut à la famille arabe une organisation solide, trapue, toute entière déterminée par l'esprit de hiérarchie et de discipline, intégralement conditionnée par les besoins guerriers qui la dominent. La conception militaire est celle qui répond le mieux à ces nécessités : c'est celle, aussi, dont s'inspire presque exclusivement l'organisation familiale préislamique ou l'akila.

Les caractères distinctifs de l'akila ont été trop de fois décrits et par des compétences trop autorisées pour que

nous y revenions (1). Bornons-nous, dans la mesure où elle intéresse notre étude, à remarquer combien sa composition était autrement moins rigide que celle de notre famille moderne et son accès plus facile. *Seuls ne composent pas l'akila,* à l'instar de ce qui se passe dans la famille moderne, ceux qui peuvent exciper d'une communauté d'origine. Les liens du sang, bien que constituant avant tout la parenté, ne la constituent pas seuls. Ne font pas partie de la famille ceux-là seulement qui sont unis entre eux par des liens de parenté réelle mais encore ceux qui s'y rattachent par des liens de parenté fictive, et ces liens sont nombreux. C'est ainsi que sont considérés comme membres de l'akila ceux qui ont conclu avec un de ses membres un contrat d'adoption (2) — ou qui ont échangé avec lui un serment de fraternité (3) — ou qui, ayant été ses esclaves, ont bénéficié d'un affranchissement (4). Autant d'œuvres sociales, œuvres de la fiction, qui permettent à la famille arabe préislamique d'élargir son cadre, en augmentant le nombre de ses membres, et qui — l'adoption mise à part — n'existent pas dans notre organisation familiale.

Et si on recherche comment il se fait que l'accès de l'akila soit si facile aux éléments du dehors, on en trouve la cause dans les nécessités guerrières qui, à cette époque, s'imposent si impérieusement à la famille arabe. Si, chez nous, ce sont avant tout et presqu'uniquement les affections communes basées sur les liens du sang qui président à l'organisation de la famille, chez les arabes de l'époque préislamique ce sont, en outre, les besoins communs,

---

(1) MORAND, *Etudes de Droit musulman algérien :* « La famille. »

(2) Aux temps antéislamiques, dit El Khazin, c'était un usage reçu qu'un homme en adoptât un autre, qui était considéré comme son fils, qui portait son nom et héritait de lui. »

LUCIANI, *Traité des successions musulmanes,* p. 99 n° 138.

(3) LUCIANI, *op. cit.,* p. 63, n° 97.

(4) *Coran,* XXIV, 33.

les dangers identiques, le même souci chez chacun des membres du groupe d'en assurer la défense et l'existence. Aussi, à cette époque, une organisation familiale ne se concevrait pas qui ne serait autorisée à comprendre dans son sein que des membres unis entre eux par les liens du sang. Que deviendrait, en effet, une telle organisation, à supposer que son chef vienne à être frappé d'impuissance, ou que le nombre et la qualité de ses membres aillent tellement en s'affaiblissant qu'elle s'offrît comme une proie toute prête aux convoitises de ses voisines ? N'ayant pas le moyen d'être revivifiée, sa perte serait irrémédiable. Or, si la disparition d'une famille n'a qu'une importance relative dans nos sociétés modernes, il n'en est pas de même aux temps antéislamiques où la famille constitue la véritable unité sociale et politique (1). Il suffit quelquefois de l'extinction d'une seule grande famille pour décider du sort de toute une tribu. Voilà pourquoi il importe que le chef de l'akila ait les moyens de la prémunir contre la menace toujours possible de tels dangers, et ces moyens c'est dans l'usage des institutions signalées plus haut, l'adoption, les serments de fraternité et l'affranchissement, qu'il les trouve.

Mais, tous ces moyens ne s'offrent pas à lui avec la même efficacité. L'adoption a sur les autres l'avantage de faire entrer, d'une manière absolue et définitive, dans la famille de l'adoptant celui qui en est l'objet et de lui assurer au sein de cette famille un traitement juridique égal à celui dont bénéficient les enfants légitimes de l'adoptant. Ainsi, en cas d'adoption, la fiction joue sans réserve. Il y a assimilation complète de l'adopté aux autres enfants de l'adoptant quant aux droits et devoirs qu'il peut avoir dans la famille. Au contraire, les affranchis et ceux qui ne sont liés au chef de famille que par des serments de fraternité acquièrent bien certains droits vis-à-vis des

(1) MORAND, *op. cit.*, « La famille », p. 13, n° 6.

membres de l'akila comme ils sont astreints envers eux à de certaines obligations, mais ils ne font pas intégralement partie de la famille. Aussi, l'adoption apparaît-elle, à cette époque, comme le moyen le plus simple et le plus efficace pour le chef d'une famille d'en assurer la continuité et, surtout, la bonne composition.

La nature refuse-t-elle au chef de l'akila les joies de la paternité ou la mort lui a-t-elle ravi ses enfants ? l'adoption s'offre à lui comme une suprême ressource pour échapper à la catastrophe la plus épouvantable qui puisse atteindre un homme : l'extinction de son foyer.

Mais il ne faut pas croire que ce soit là le principal rôle de l'adoption. L'organisation familiale, à l'époque préislamique, est, avant tout, militaire. Chaque famille constitue dans son modeste cadre une véritable petite armée. En d'autres termes, la famille est l'unité militaire de l'Arabie préislamique comme elle en est l'unité sociale et politique. Or, la valeur militaire de chacune de ces petites unités est toute entière dans leur composition. Une famille a-t-elle un bon chef, ses membres sont-ils gens aguerris et bien exercés, sont-ils en nombre ? son avenir est assuré. Elle n'a rien à craindre des autres familles qui l'entourent. Celles-ci penseront moins à l'attaquer qu'à rechercher son alliance. Manque-t-elle, au contraire, de direction, ses membres sont-ils en nombre insuffisant, leurs vertus guerrières sont-elles de qualité moindre ? ses faiblesses en feront l'inéluctable victime des familles voisines. Aussi, la composition de chaque famille est-elle de la part de son chef l'objet de la surveillance la plus attentive. Il lui consacre tous ses soins. S'il le juge opportun, il n'hésite pas à lui faire subir des remaniements, à la modifier. Un des membres de la famille lui semble-t-il constituer un danger, sa perfidie ou sa faiblesse peut-elle déchaîner d'irréparables malheurs sur elle ? il l'en chasse, il l'extirpe à la façon d'un laboureur qui arrache la mauvaise herbe. A-t-il, au contraire, l'occasion d'augmenter la fa-

mille d'un jeune et vaillant guerrier aux vertus militaires incomparables ? il l'accueille. C'est une lance de plus. La famille n'est jamais assez forte.

Ces remaniements dans la composition de la famille, c'est au moyen de l'adoption que le chef de famille les effectue. C'est en l'adoptant qu'il introduit un étranger dans la famille comme c'est en consentant à son adoption qu'il se débarrasse d'un de ses membres. Il se produit ainsi, suivant leurs besoins, de véritables échanges entre les familles. Tel est le caractère habituel de la plupart des adoptions dont l'histoire des temps antéislamiques nous a laissé le souvenir. En particulier, c'est celui qui ressort très nettement dans l'exemple désormais classique que nous cite Caussin de Perceval dans son *Histoire des Arabes :* « Les Coréïchites firent une dernière tentative auprès de l'oncle de Mahomet, Ali bou Taleb ; ils lui amenèrent Amara, fils de Walid, fils de Moghaïra, et lui dirent : « Voici Amara, fils de Walid, le plus beau jeune homme de La Mecque. Prends-le, qu'il devienne ton fils et livre-nous Mahommed en échange. » (1).

Ce procédé juridique mis à la disposition du chef de famille pour en assurer la bonne composition est, du reste, celui dont semblent avoir usé la plupart des peuples stationnés au stade du clan communautaire. La ta'abeni préislamique rappelle, en effet, étrangement la *mancipatio triple* et la *datio in adoptionem* de la Rome primitive.

Il nous reste maintenant à déterminer les caractères distinctifs de cette adoption. La terminologie usitée aux temps antéislamiques suffirait presque à elle seule à nous les suggérer. Les jurisconsultes arabes traitant de l'adoption préislamique la désignent sous le nom de *ta'abeni,* c'est-à-dire le fait de se donner un fils. L'adoptant, c'est le mouta' abeni, ou celui qui se donne un fils. L'adopté, c'est le mouta' abena, ou celui qui subit l'action d'être

(1) Caussin de Perceval, *Histoire des Arabes,* t. I, p. 364.

considéré comme un fils par un autre homme que son père. Chacune de ces dénominations dans lesquelles on retrouve la racine *i'bn* (fils) est des plus caractéristiques. Toutes mettent en valeur cette idée déjà entrevue que l'adoption fait de l'adopté le véritable fils de l'adoptant. Par son moyen, l'adopté est introduit dans la famille de l'adoptant où il prend la place d'un enfant avec identité de droits et de devoirs (1). Assimilation complète de l'adopté à un enfant légitime dans la famille de l'adoptant avec les conséquences qui logiquement en découlent, droit à des aliments, à l'entretien et au logement jusqu'à son émancipation, droit de venir à son héritage comme tout autre enfant, tels sont les principaux effets que produit la *ta'abeni*. Effets les plus vastes et les plus absolus qu'il se puisse et que conditionnent impérieusement les nécessités sociales du moment comme aussi le caractère artificiel de l'organisation familiale préislamique. La famille, à cette époque, constituant avant tout une unité militaire appelée d'un jour à l'autre à entrer en guerre avec celles qui l'entourent, on conçoit difficilement qu'une même personne puisse appartenir à deux familles à la fois, conserver des intérêts dans sa famille d'origine et en acquérir dans sa famille d'adoption. Il y aurait à craindre que cette opposition d'intérêts ne provoquât, suivant les circonstances, une trahison en faveur d'une famille aux dépens de l'autre. Voilà pourquoi, pour aussi brutale que nous apparaisse la conception préislamique de l'adoption, elle supprime tous les liens qui rattachent l'adopté à sa famille naturelle. Car, une fois dégagé de ses anciennes attaches, l'adopté peut entrer avec une foi nouvelle et sans arrière-pensée dans la famille qui l'accueille.

Les conditions requises, tant dans la personne de l'adoptant que dans celle de l'adopté, pour que l'adoption soit valable nous sont beaucoup moins connues. Ce que

(1) Morand, *op. cit.*, « La famille », p. 21, n° 11.

l'on peut remarquer, c'est que l'adoption des mineurs étant autorisée, les conditions requises en la personne de l'adopté devaient être des moins rigoureuses. Il y a même lieu de penser, vu les pouvoirs exorbitants du père de famille à l'époque préislamique, qu'au cas où il était mineur le consentement de l'adopté n'était même pas exigé. C'était son chef de famille qui le représentait au contrat d'adoption. Dans le cas où il était majeur, il semble bien qu'il dût rapporter le consentement du chef de la famille à laquelle il appartenait, à moins qu'il n'en eût été chassé ou disposât de lui-même. La plupart du temps, donc, le consentement de l'adopté au contrat d'adoption n'était pas requis ; ce contrat ayant le caractère d'un échange de personnes entre deux familles que leurs chefs seuls négociaient.

Les conditions requises dans la personne de l'adoptant étaient la capacité civile et très probablement une différence d'âge suffisante avec l'adopté pour donner à la fiction un caractère de vraisemblance.

Nous avons peu de renseignements sur la façon dont s'opérait alors l'adoption, sur sa forme. Certains auteurs rapportent que, lorsque le Prophète adopta Zeïd, il le conduisit devant la pierre noire. Puis, en présence de deux témoins spécialement désignés, il en fit le tour, tenant Zeïd par la main et prononçant certaines paroles sacrées. Mais il semble bien que seules les personnes d'un certain rang recouraient à ce rituel un peu compliqué. La plupart du temps, on devait se contenter d'arrêter les bases du contrat d'adoption en présence des deux témoins d'usage. Et encore, la présence de ces derniers s'expliquait moins dans une intention de solennité que dans celle d'assurer plus tard la preuve du contrat, en cas de contestation. Souvent même, dans les familles les plus pauvres, on devait négliger cette précaution, et la preuve de l'adoption se faisait alors par la possession d'état.

DEUXIÈME PARTIE

L'adoption dans le Coran et dans la Doctrine Musulmane

L'adoption dans le Coran et dans la Doctrine Musulmane

A l'époque où Mahomet commence ses premières prédications, les conditions sociales de l'Arabie ne sont déjà plus celles que nous avons hâtivement esquissées dans la partie précédente. L'ordre public est mieux assuré, la répartition des richesses mieux faite ; les guerres de tribu à tribu ont par contre coup perdu de leur bestiale âpreté. Les causes de cette transformation sont simples à démêler. A cette époque, les communications sont devenues plus faciles. L'Arabie échappe insensiblement à l'isolement dans lequel elle était plongée au temps de la Djahilya. Les échanges devenant plus nombreux, le cercle de ses relations commerciales s'étendant, elle entre peu à peu en contact avec les civilisations méditerranéennes beaucoup plus raffinées et mobiles. Elle en subit à son insu les influences. Des aspirations, un peu confuses il est vrai, se font jour dans l'élite de la société arabe qui sent comme le vague besoin de mettre en harmonie les institutions avec les habitudes nouvelles. Des réformes s'imposent. Et cependant, l'organisation politique et sociale à cette époque s'y prête mal. De l'évolution normale des institutions, il y a peu à attendre. Comme souvent, en pareille

occurence, un homme apparaît qui précipitera cette évolution et réagira sur les circonstances : c'est Mahomet.

Son œuvre fut énorme, les transformations qu'elle détermina dans la société arabe considérables. Et s'il ne rentre pas dans le cadre de cette étude d'en faire une analyse même sommaire, du moins n'est-il pas indifférent pour nous de rappeler en quelques mots les modifications que subirent sous son influence les institutions familiales préislamiques. L'organisation de la famille, telle que nous en avons indiqué plus haut les principaux caractères, fut, en effet, l'objet de réformes essentielles de la part du Prophète. Sans doute, jugea-t-il opportun de n'en pas briser le moule et conserva-t-il l'ancien régime du patriarchat ? Mais, il s'efforça d'en atténuer les prérogatives monstrueuses qui s'étaient fait jour sous la conception trop rigoureusement « acébique » — qu'on nous pardonne ce néologisme — de l'ancienne famille arabe. C'est ainsi qu'il supprima le droit de vie et de mort qu'avait au temps de la Djahillya le père de famille sur ses enfants ; qu'il subordonna la répudiation à l'accomplissement de certaines formalités destinées à en atténuer la fréquence ; qu'il retira au mari le droit qui lui avait appartenu jusqu'alors de mettre sa femme à mort en cas d'adultère ; et qu'enfin il accorda certains droits successoraux à des femmes, telles que la mère et la fille qu'il admît aux successions de leur époux et père en qualité d'héritières à fardh. Autant de réformes qui rompent avec les anciennes conceptions et sont inspirées d'un esprit nouveau.

Parmi toutes ces innovations modificatives de la famille musulmane, quel fut le sort réservé à l'adoption ? Trois versets lui ont été consacrés par le Prophète dans le Coran. Ce sont les versets 4, 5 et 37 du chapitre XXXIII, ainsi conçus :

Verset IV. « Dieu n'a pas donné deux cœurs à l'homme ; il n'a pas fait que vos épouses que vous pouvez répudier

soient pour vous comme vos mères, ni que vos enfants adoptifs soient comme vos propres enfants. »

Verset V. « Appelez vos fils adoptifs du nom de leurs pères, ce sera plus équitable devant Dieu. Si vous ne connaisez pas leurs pères, qu'ils soient vos frères en religion et vos clients. »

Verset XXXVII. « Tu as dit un jour à cet homme que Dieu a comblé de ses faveurs et envers lequel tu as été plein de bonté : Garde ta femme et crains le Seigneur. Et tu cachais dans ton cœur ce que Dieu devait bientôt mettre au grand jour. Et tu as craint les hommes. Il eût été plus juste de craindre le Seigneur. »

« Lorsque Zeïd prit un parti et résolut de répudier sa femme, nous l'unîmes à toi par le mariage afin que ce ne soit pas pour les croyants un crime d'épouser les femmes de leurs fils adoptifs après leur répudiation. » (1).

Ces versets, comme nous avons déjà eu l'occasion de le remarquer, n'ont été l'objet que de rares commentaires de la part des jurisconsultes musulmans de l'époque classique.

Parmi ceux qui les ont étudiés dans leurs ouvrages, les plus connus et les mieux documentés sont El Khazin et Chenchouri.

L'un et l'autre, le premier dans son commentaire du Coran, le deuxième dans son livre intitulé « Charah El Tertib », concluent catégoriquement à l'abolition de l'adoption par les versets en question.

Voici ce que dit à ce sujet El Khazin, en expliquant le verset 4 :

« Il est dit dans le Coran « Dieu n'a pas donné deux « cœurs à l'homme ; il n'a pas fait que vos épouses, que

(1) KASIMIRSKI, *Le Coran* (traduction).

« vous pouvez répudier, soient pour vous comme vos mè-
« res, ni que vos enfants adoptifs soient comme vos pro-
« pres enfants. »

« Ce passage contient l'abrogation de l'adoption. Aux
« temps antéislamiques, c'était un usage reçu qu'un
« homme en adoptât un autre, qui était considéré comme
« son propre fils, qui portait son nom et héritait de lui.
« Le Prophète avait affranchi Zeïd ben Haritha ben Che-
« rahil El Kelbi et l'avait adopté, avant la révélation de la
« XXXIII sourate. Il en avait également fait le frère adop-
« tif de Hamza ben Abd el Mottaleb. Lorsqu'il épousa
« Zineb ben Djahch, qui était mariée à Zeïd ben Haritha,
« ses ennemis dirent : « Mohammed a épousé la fille de
« son fils, bien qu'il interdise aux autres les mariages de
« ce genre. » C'est alors que Dieu révéla au Prophète le
« verset ci-dessus, et abolit l'adoption.

« Ces mots ne sont que dans votre bouche », ajoute le
« Coran, c'est-à-dire ne représentent pas la réalité. Zeïd,
« qu'on désignait sous le nom de Zeïd ben Mohammed,
« n'étant pas le fils du Prophète. »

« Dieu seul dit la vérité et dirige vers le droit che-
« min. »

« Appelez vos fils adoptifs du nom de leurs pères »,
« verset V, c'est-à-dire du nom de leurs véritables auteurs,
« et dites Zeïd ben Haritha au lieu de Zeïd ben Moham-
« med. » Ce sera plus équitable devant Dieu.

« On rapporte que Omar disait : « Nous n'appelions
« que du nom de Zeïd ben Mohammed l'affranchi du
« Prophète, Zeïd ben Haritha, jusqu'au jour où furent
« révélées ces paroles : « Appelez vos fils adoptifs du
« nom de leurs pères, ce sera plus équitable devant Dieu. »

« Si vous ne connaissez pas leurs pères, qu'ils soient
« vos frères en religion et vos clients », c'est-à-dire, ils
« seront libres et ne seront pas considérés comme vos

« enfants, mais comme vos frères en religion, et vous ne « devez pas leur donner le titre de fils.

« Il n'y a pas de péché dans l'erreur que vous avez « commise », avant l'interdiction prononcée, en désignant « les fils adoptifs par d'autres noms que ceux de leurs « pères. « Mais ce sera un péché si vous le faites de pro- « pos délibéré », et si vous les désignez ainsi après l'in- « terdiction qui vous est faite.

« Suivant une autre interprétation, le sens de la pre- « mière partie de ce passage du Coran serait celle-ci : « Il « n'y a pas de péché dans l'erreur que vous avez fait « commettre », en désignant les enfants adoptifs sous « d'autres noms que ceux de leurs pères, et en leur fai- « sant croire ainsi qu'ils étaient les fils de leurs pères « adoptifs.

« Sad ben Abou Ouakas et Abou Bekra ont affirmé que « le Prophète avait prononcé les paroles suivantes : « L'en- « trée du Paradis sera interdite à quiconque portera « sciemment le nom d'un autre que son père. »

« Verset 37 : « Tu as dit un jour à cet homme que Dieu « a comblé de ses faveurs, et envers lequel tu as été plein « de bonté : Garde ta femme et crains le Seigneur. » Ces « mots ont été révélés à propos de Zineb. Le Prophète se « rendit un jour pour affaires chez Zeïd, et vit Zineb très « légèrement vêtue ; elle était très belle, et très blanche : « c'était l'une des femmes les plus remarquables de la « tribu de Koreïch. Le Prophète, émerveillé de sa beauté, « conçut pour elle une vive passion, et s'écria : « Mer- « veilleuse puissance de Dieu, qui retourne les cœurs ! » « Puis il se retira. Lorsque Zeïd rentra chez lui, et que sa « femme lui eût tout raconté, il comprit ce qu'avait « éprouvé le Prophète, et ressentit immédiatement une « gêne à l'égard de sa femme. Il alla trouver le Prophète, « et lui dit : « J'ai l'intention de me séparer de Zineb. « — Pourquoi ? demanda le Prophète. T'a-t-elle donné

« quelque sujet de plainte ? — Nullement, répondit-il ;
« je rends justice à sa conduite qui est parfaite ; seule-
« ment elle est trop fière de la noblesse de son origine, et
« son langage me froisse. — Garde ta femme, lui dit le
« Prophète, et crains le Seigneur. » Zeïd répudia ensuite
« sa femme. C'est à cela qu'il est fait allusion dans le pas-
« sage du Coran reproduit ci-dessus. Les mots « que Dieu
« a comblé de ses faveurs » en l'admettant dans la reli-
« gion musulmane « et envers qui tu as été plein de
« bonté » en prononçant son affranchissement, s'appli-
« quent à Zeïd ben Haritha, affranchi du Prophète.

« Et tu cachais dans ton cœur ce que Dieu devait bien-
« tôt mettre au grand jour », c'est-à-dire, suivant les uns,
« l'intention qu'avait le Prophète d'épouser Zineb au cas
« où Zeïd la répudierait ; suivant Ben Abbès, son amour
« pour elle ; suivant d'autres, son désir que Zeïd la répu-
« diât.

« Et tu as craint les hommes », c'est-à-dire, suivant
« Ben Abbès : Tu as eu honte ; suivant d'autres : Tu as
« craint d'être blâmé par les hommes et d'entendre dire :
« Mohammed a obligé quelqu'un à répudier sa femme,
« pour l'épouser lui-même.

« Il eût été plus juste de craindre le Seigneur ». Omar
« et Ben Messaoud, ainsi qu'Aïcha, affirmèrent que de
« toutes les révélations que Dieu envoya à Mohammed,
« aucune ne produisit sur lui une plus forte impression
« que celle-ci. Aïcha aurait dit encore : « Si le Prophète
« avait caché quelque chose des révélations qui lui étaient
« envoyées, il aurait certainement caché celle-ci. »

« On pourrait dire, ajoute El Khazin, que les explica-
« tions données sur ce passage du Coran et sur les causes
« de sa révélation, à savoir : que le Prophète s'éprit de
« Zineb quand il la vit, et qu'il éprouva le désir de la
« voir répudiée par son mari, établiraient que le Prophète
« commit un acte très blâmable, et peu compatible avec

« sa mission, en se permettant, malgré sa propre défense à « cet égard, de regarder une femme. Exprimer une pareille « opinion, ce serait faire preuve d'une audacieuse impiété, « et oublier le respect dû au Prophète. Pourquoi dire qu'il « vit Zineb et conçut pour elle une vive passion, puisque « c'était sa cousine, qu'il la voyait constamment depuis « qu'elle était née, que les femmes ne se voilaient pas « devant lui, et qu'il l'avait mariée lui-même à Zeïd. Il « est certain qu'en recommandant à Zeïd de garder sa « femme, le Prophète était sincère, contrairement à ce « qu'ont affirmé quelques commentateurs du Coran. La « meilleure explication qui ait été fournie à ce sujet est « celle qui a été rapportée de Sofiá ben Ayina, qui la « tenait d'Ali ben Zeïd ben Djedaan : « Je fus interrogé, « dit ce dernier, par Zin El Abidin Ali ben El Hosseïn en « ces termes : « Comment El Ḥassen explique-t-il ce pas- « sage du Coran : « Et tu cachais dans ton cœur ce que « Dieu devait bientôt mettre au grand jour ; tu as craint « les hommes ; il eût été plus juste cependant de crain- « dre le Seigneur ? » El Hassen, répondis-je, les explique « en disant que, lorsque Zeïd vint annoncer au Prophète « son intention de répudier Zineb, le Prophète en fut heu- « reux, et cependant lui conseilla de la garder. » Ali ben « El Hosseïn me dit alors : « Cette explication n'est pas la « bonne. Dieu avait déjà fait connaître au Prophète que « Zineb deviendrait sa femme, et qu'elle serait répudiée « par Zeïd. Lorsque Zeïd lui fit part de son intention, il « lui répondit: Garde ta femme; et le Seigneur lui adressa « à cause de celà des reproches, lui disant : Pourquoi as- « tu conseillé à Zeïd de ne pas répudier sa femme, alors « que je t'avais prévenu qu'elle deviendrait la tienne ? »

« Cette version est la seule acceptable. Elle est d'ail- « leurs la seule qui s'accorde avec le texte du Coran, « puisque Dieu y annonce qu'il mettra au grand jour ce « que le Prophète avait caché ; or, il ne met au grand « jour que le mariage du Prophète avec Zineb, par les

« mots : « Nous l'unîmes à toi par le mariage. » Si ce
« qui avait été caché par le Prophète eût été son amour
« pour Zineb, ou son désir de la voir répudiée, Dieu l'au-
« rait mis au grand jour, car il n'est pas admissible qu'a-
« près avoir annoncé qu'il ferait connaître le secret du
« Prophète, Dieu ait négligé de l'indiquer.

« Il résulte de ce qui précède que les reproches adressés
« au Prophète ont eu pour unique cause sa négligence à
« faire connaître ce qu'il avait appris de Dieu, c'est-à-
« dire que Zineb deviendrait sa femme. Or, s'il n'en parla
« pas, c'est parce qu'il n'osa pas dire à Zeïd : « Ta femme
« deviendra la mienne. » C'est là une explication aussi
« satisfaisante que juste.

« En décidant la répudiation de Zineb par Zeïd, et son
« union avec le Prophète, Dieu a voulu abroger l'inter-
« diction spéciale résultant de l'adoption au point de vue
« du mariage, et l'usage même de l'adoption. C'est pour
« cela qu'il est dit également dans le Coran : « Moham-
« med n'est le père d'aucun homme parmi nous. Nous
« l'unîmes (Zineb) à toi par le mariage, afin que ce ne
« soit pas pour les croyants un crime d'épouser les fem-
« mes de leurs fils adoptifs, après leur répudiation. »

Voici maintenant le passage de Chenchouri, duquel il semble ressortir que l'adoption n'est pas autorisée par la loi musulmane :

« Les règles successorales se divisent, au point de vue
« chronologique, en quatre catégories, dont les trois pre-
« mières ne sont l'objet d'aucune controverse :

« 1° Les unes admises dans les temps antéislamiques
« et abrogées depuis la fondation de l'Islam : telles sont
« l'admission exclusive des parents mâles à la succession,
« et l'exhérédation absolue des femmes ; la préférence
« accordée aux aînés sur les puînés, ou droit de primogé-
« niture ; le droit accordé au frère ou au neveu d'appré-

« hender la succession de la femme du frère ou de l'on-
« cle ;

« 2° Les autres qui n'existaient pas avant Mahomet, qui
« ont été admises depuis et sont encore en vigueur. Ce
« sont les règles indiquées dans les différents versets de
« la IV^e^ sourate du Coran, et celles qui y ont été ajoutées
« par la Sounna, ou par suite de l'accord survenu entre
« les quatre écoles orthodoxes ;

« 3° *D'autres ont été en vigueur aux premiers temps de*
« *la religion musulmane et ont été abrogées ensuite ; ce*
« *sont celles qui concernaient la successibilité des enfants*
« *ou des frères adoptifs,* la successibilité réciproque des
« individus qui suivirent Mahomet dans sa fuite de La
« Mecque à Médine (Sourate VIII, p. 73) et les successions
« testamentaires obligatoires (Sourate II, v. 176) ;

« 4° Enfin une quatrième catégorie comprend les rè-
« gles successorales dont le maintien en vigueur après la
« fondation de l'Islam est controversée ; à l'égard de celle-
« ci, et pour les partisans de l'affirmative sur ce premier
« point, il y a encore controverse sur la question de sa-
« voir si, après avoir été admises du temps du Prophète,
« elles n'ont pas été abrogées ensuite. Telles sont les rè-
« gles relatives à la successibilité dérivant du patronage
« conventionnel (ouala el moualat). Suivant les uns, cette
« successibilité n'a jamais été admise par la religion mu-
« sulmane ; suivant d'autres, elle fut admise aux débuts
« de l'islamisme pendant un certain temps et abolie en-
« suite ; c'est l'opinion enseignée par Ben Abou Leila,
« ainsi que par les chefs des écoles malékite, chaféite et
« hanbalite. Enfin, un troisième système veut que le
« patronage conventionnel soit encore en vigueur et con-
« fère la successibilité ; c'est l'avis adopté par les hanéfi-
« tes, avec cette réserve toutefois que le successible appelé
« à l'héritage en vertu du patronage conventionnel n'ait

« pas de parents connus et qu'il ne soit pas affranchi, « c'est-à-dire qu'il n'ait pas déjà un patron ; il n'est d'ail- « leurs appelé à la succession que si elle ne peut être « attribuée aux héritiers réservataires à titre d'accroisse- « ment ou même aux parents non successibles (Doui el « Ahram), de sorte qu'il ne succède jamais qu'à défaut « de parents quels qu'ils soient » (1).

Cette opinion que l'adoption a été supprimée par le Prophète semble être celle qui ait été la plus répandue parmi les jurisconsultes de l'époque classique.

Voyons, maintenant, quel est l'avis des jurisconsultes musulmans de l'époque moderne sur cette question.

Il n'est pas indifférent de chercher à connaître cet avis.

Voici pourquoi :

Il existe encore, en pays musulman, de grands centres universitaires où on enseigne le droit. Dans nos possessions nord-africaines, la djamaa Karouiyn, à Fez, attire chaque année de nombreux étudiants venus des coins les plus reculés du Maroc et de l'Algérie ; elle compte des professeurs renommés comme Si El Mahdi El Ouazzani, le célèbre auteur du *M'iayar El Djedid,* et le cheikh El Bouqili. La « Djamaa Zitouna » (2) de Tunis est ni moins connue ni moins recherchée des Tunisiens et des Algériens du département de Constantine. Enfin, il y a également des écoles de droit très réputées en Egypte et en Arabie. Dans tous ces centres, les études juridiques sont très répandues. Toutes les questions de droit, importantes ou pas, actuelles ou non, y sont traitées avec une abondance de détails insoupçonnée ; quelques-unes sont

(1) LUCIANI, *Traité des successions musulmanes,* année 1890, p. 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104.

(2) Parmi les professeurs de cette djemaa, le cheikh Salah el Aouari est tenu en la plus grande estime par les tolbas constantinois.

l'objet d'un enseignement traditonnel et invariable, mais l'exposé de la plupart d'entre elles s'inspire des conceptions personnelles des divers oulémas qui les ont étudiées ; quelquefois, même, les théories présentées par les grands maîtres sortent de l'enceinte de l'école, les tolba et les hommes de loi du pays s'en emparent, les discutent, et c'est alors entre les deux camps, l'officiel et celui des amateurs, des querelles passionnées. Aussi, l'étude d'une question de droit musulman s'exposerait-elle à n'être pas complète, si elle ne faisait pas connaître l'état actuel des opinions émises et des controverses engagées à son sujet.

En ce qui concerne l'adoption, quelques jurisconsultes modernes — ils sont très rares — reprenant l'argumentation des classiques, soutiennent qu'elle a été abrogée par le Prophète.

De ce nombre est Si Larbi El Nasiri, naïb du Ministre de la Justice à Rabat, qui dispose que « la pratique de l'adoption a été formellement condamnée par le Prophète, et que, dès lors, elle est interdite aux musulmans » (1).

Quelques cadis se rattachent à cette opinion en rappelant quelles sont les causes de successibilité et en remarquant que l'adoption n'est indiquée par aucun auteur comme en constituant une (2).

D'autres — ils forment une forte majorité — moins catégoriques, émettent l'opinion que le Prophète n'a pas complètement supprimé l'adoption, mais qu'il l'a dépouillée de tous ses effets utiles (3).

---

(1) Fatwa de Si Larbi El Nasiri.

(2) Fatwa des cadis Si Abès des Oulad Amran, Ben R'guig des Oulad Amor, Si Mahfoud des Oulad Fredj (région des Doukkala, Maroc).

(3) Fatwa d'Abd Ul Hamid ben Badis, moudaress à la grande mosquée de Constantine, ex-élève de la Djamaa Zitouna, à Tunis, fatwa du cadi Si Bouchaïb des Aounat (Doukkala), ex-élève de la zaouïa Tounsia, fatwa du cadi des Oulad Bou Zrara (Doukkala), consultation de Si Abbès El Marakchi, amin el amlak à Mazagan, consultation des hafdan du sanctuaire de Moulay Abdallah (Doukkala).

A l'appui de leur manière de voir, ils développent les arguments suivants :

1° Le premier de ces arguments leur est fourni par la rédaction même des versets ci-dessus cités.

D'après eux, en effet, la lecture de ces versets donne beaucoup moins l'impression d'une abrogation que d'une règlementation. Nulle part il n'y est dit que l'adoption sera désormais interdite ; mais, à plusieurs reprises, il y est indiqué qu'elle devra être comprise dans un esprit différent de celui dans lequel elle était pratiquée auparavant. Le verset V est une illustration frappante de cette observation. « Appelez vos fils adoptifs du nom de leurs pères. » Qu'est-ce à dire ? Sinon, il ne vous est plus permis de suivre l'usage auquel vous vous conformiez avant que ce verset m'eût été révélé. Vous appeliez les fils adoptifs du nom de ceux qui les avaient adoptés. Ce faisant, vous commettiez une erreur. C'est le nom de leurs véritables pères qu'ils doivent désormais porter. Il est manifeste que si le Prophète avait eu l'intention d'abroger l'adoption, il ne se serait pas inquiété d'indiquer aux fidèles comment, dans ce cas particulier, la volonté de Dieu leur faisait un devoir d'appeler leurs fils adoptifs. On ne règlemente pas ce qu'on veut supprimer.

2° L'interprétation de ces versets constitue leur deuxième argument.

Car, d'après eux, pour bien saisir la portée de ces versets, il faut les interpréter, c'est-à-dire rechercher à quelles raisons sociales ou politiques le Prophète a obéi en les divulguant.

Il y a lieu tout d'abord de faire raison d'une interprétation à première vue plausible et qui consisterait à ne voir dans la révélation de ces versets qu'une excuse savamment préparée par le Nabi à ses faiblesses charnelles. A l'appui de cette manière de voir, on pourrait aisément faire état

des circonstances qui ont entouré la divulgation de ces versets. L'entrevue que le Prophète eût avec Zineb, et que rapporte El Khazin dans son commentaire du Coran, pourrait faire supposer qu'il les aurait écrits sous l'impression si profonde produite sur lui par sa cousine (1).

Mais, outre qu'en lui prêtant un tel calcul on ferait preuve envers le Prophète d'une audacieuse impiété, suivant l'expression même d'El Khazin, on rattacherait à une inspiration des plus vulgaires une des parties les plus originales de la législation coranique. Sans compter que cette interprétation serait en contradiction avec un des principes fondamentaux du droit musulman, à savoir que la loi est d'origine essentiellement divine. Le Prophète étant le représentant de Dieu, ses moindres actes et pensées sont inspirés par lui. Il est, dès lors, inconcevable *à priori* qu'on puisse découvrir l'origine d'un texte de loi dans une spéculation humaine, passionnelle ou autre. En tout cas, l'étude du droit musulman offre un argument d'analogie qui permet de rejeter victorieusement une telle interprétation. Il ne manque pas, en effet, dans la vie de Mahomet de circonstances toutes semblables où il ne s'est réclamé que de sa puissance pour se permettre ce qu'il défendait à ses coreligionnaires. Et il n'a alors nullement jugé convenable de recourir à un moyen détourné comme celui qu'on voudrait lui prêter dans ce cas particulier. Très manifestement, avec la haute autorité que lui conférait sa mission, il a stipulé à son profit un droit d'exception qu'il n'est du reste jamais venu à la pensée des fidèles de critiquer. C'est ainsi qu'il s'est réservé, dans le verset 49 du chapitre XXXIII, le privilège d'épouser autant de femmes qu'il lui plairait, alors qu'il limite à quatre le nombre de

(1) V. R. Dozy, *Histoire de l'Islamisme*, éd. 1879, p. 78 et 79.

femmes légitimes que peut avoir un fidèle (1) : « O Prophète, il t'est permis d'épouser les femmes que tu auras dotées, les captives que Dieu a fait tomber entre tes mains, les filles de tes oncles et de tes tantes maternels et paternels qui ont pris la fuite avec toi, et toute femme fidèle qui aura donné son âme (elle-même) au Prophète, si le Prophète veut l'épouser. C'est une prérogative que nous t'accordons sur les autres croyants. » Cette réserve stipulée à son profit dans ce cas particulier, qui l'empêchait de s'en octroyer une semblable à propos de Zineb ? Puisqu'il avait à sa disposition ce moyen si facile et déjà expérimenté, qu'est-ce qui l'obligeait à recourir dans un but aussi fragile à un remaniement aussi absolu de toute une institution ? Il est donc évident que s'il l'avait désiré, il aurait pu compter Zineb au nombre de ses femmes sans toucher à l'ancienne conception de l'adoption préislamique. En s'attaquant à elle avec la détermination que l'on sait, il obéissait à d'autres préoccupations. Reste à les préciser.

Au temps de la Djahillya, l'adoption produisait les effets les plus étendus. A cette époque, ainsi que cela a déjà été indiqué, l'adopté était assimilé d'une façon absolue aux autres enfants de la famille dans laquelle il entrait. Non seulement il acquérait des droit égaux à ceux d'un enfant légitime sur les biens de l'adoptant, mais des liens de parenté s'établissaient entre lui et les parents de ce dernier, suivis de tous les effets reconnus en pareils cas. L'égalité de droits ainsi admise entre lui et les autres enfants était si complète qu'elle avait provoqué une véritable confusion entre la filiation adoptive et la filiation légitime. Désormais, seules les causes donnant naissance à ces filiations les différenciaient.

---

(1) « Si vous craignez de n'être pas équitables envers les orphelins, n'épousez parmi les femmes qui vous plaisent que deux, trois ou quatre. » (*Coran*, ch. IV, verset 3.)

Or, une pareille confusion présentait un double danger :

a) D'une part, ainsi comprise, l'adoption pouvait permettre à un homme de se donner les joies de la paternité sans en avoir les charges. Destinée à accroître et à modifier la famille, il était à craindre qu'elle ne soit utilisée pour la créer. Or, qui ne voit que, pratiquée dans un pareil esprit, elle pouvait ébranler la seule base de la famille admise dans toute législation un peu avancée, à savoir le mariage. C'est par le mariage que la famille se fonde ; et c'est par lui aussi qu'elle se développe. En conservant à l'adoption les effets qui lui étaient reconnus à l'époque préislamique, ne risquait-on pas de constituer une nouvelle base de la famille prête à concurrencer la première, quoique offrant sur elle l'irrémédiable faiblesse de reposer sur une fiction ? Une pareille institution constituait donc une réelle menace. Maintenue dans l'organisation familiale des Arabes, il suffisait que, sous une influence quelconque, un relâchement se produisît dans leurs mœurs, et c'en était fait de leur race si prolifique et si féconde.

b) D'autre part, en introduisant des étrangers dans les familles et en leur attribuant des droits égaux à ceux des enfants légitimes, on contribuait au mélange des races, à ce que les commentateurs appellent « l'Ikhtilat El Ansab ». Conséquence odieuse, réprouvée par Dieu parce qu'elle est une atteinte à son œuvre. Avec une pareille institution, comment conserver, en effet, la pureté initiale des familles, comment écarter le risque qu'elles couraient de se souiller et de se polluer en se fusionnant avec des éléments étrangers ? D'autant plus que le chef de famille est le seul juge de la valeur de ceux qu'il adopte. Or, s'il peut apprécier en connaissance de cause celui qu'il introduit dans sa famille, de quels éléments disposera-t-il, la plupart du temps, pour connaître de son hérédité ? Problème troublant surtout depuis qu'il a reçu quelques éclaircisse-

ments de la science moderne, mais dont les conséquences si considérables n'échappèrent pas au Prophète. Donc, les familles ne doivent pas se fusionner et se confondre. Elles ne doivent pas être un champ d'expérience ouvert aux ambitions de leurs chefs qui peuvent les modifier à leur gré et suivant des appréciations plus ou moins exactes. Leur seule base légale est le mariage. Et toute institution qui, comme l'adoption préislamique, tenterait de leur en assigner une autre doit être réformée.

N'eût-ce été que pour cette raison, il semble bien que le Prophète n'aurait pas laissé subsister la conception préislamique de l'adoption. Mais, de l'avis des jurisconsultes en cause, il y aurait une autre raison plus importante encore qui en aurait provoqué la réforme. La voici :

Pour le Prophète, la famille est une institution d'origine divine. Elle est l'œuvre de Dieu : « C'est Dieu, est-il dit au Coran, qui a créé d'eau les hommes, *qui établit entre eux les liens de parenté et d'affinité* (1). Or, l'adoption préislamique était la négation de ce principe. Née de la fiction, elle était contraire aux indications de la nature. Bien plus, elle faisait produire à une fiction les mêmes effets qu'à une loi naturelle. On conçoit dès lors qu'elle ait apparue comme particulièrement choquante au Prophète. N'était-elle pas, en effet, une imitation impie de l'œuvre divine ? Ne créait-elle pas à côté de la seule paternité admise par la nature une paternité purement artificielle à laquelle elle reconnaissait les mêmes droits et faisait produire les mêmes effets ? Or, les liens de parenté et d'affinité sont d'origine divine et les conventions humaines sont impuissantes à les modifier ou à les contrefaire. C'est un véritable péché, c'est la manifestation d'un orgueil diabolique que de vouloir régler à sa guise ce qui a été institué par Dieu : « Il n'a pas fait que vos enfants adoptifs soient comme

(1) *Coran*, ch. XXV, verset 56.

vos propres enfants. » Passe encore que les peuples primitifs fassent entrer dans la famille un étranger et prennent au pied de la lettre la fiction que l'adoption imite la nature. Pour ceux qui craignent Dieu, pour ceux qui suivent sa voie, *la nature ne s'imite pas.*

Or, une pareille interprétation conduit à la remarque suivante, c'est que le Prophète n'a eu en vue qu'un but en divulguant ces versets, celui de supprimer les effets qu'engendrait l'adoption à l'époque préislamique : d'une part, l'assimilation du fils adoptif à un fils légitime dans la famille de l'adoptant, de l'autre, l'appel éventuel de l'adopté à la succession de l'adoptant en qualité de fils. Encore, faut-il remarquer que la suppression de ce deuxième effet n'est nulle part formellement stipulée par le Prophète, mais qu'elle s'induit implicitement de la suppression du premier. C'est ce que veulent dire les jurisconsultes modernes quand ils disposent que les versets précités impliquent la suppression du « hak f' el n'sib » حق في النسب, mais qu'ils laissent subsister le « hak f'el mal » حق في المال. En d'autres termes, pour eux, ce qui est désormais interdit par le Prophète, c'est d'introduire un étranger dans la famille et de lui reconnaître les mêmes droits qu'à un enfant légitime, mais il n'y a pas d'empêchement légal à ce qu'une personne qui aurait pour une autre des sentiments équivalents à ceux d'un père pour un fils lui fasse acquérir dans sa fortune, au moyen d'un testament ou d'une donation, des droits égaux à ceux d'un enfant.

Donc, ce qui est interdit par le Coran, ce n'est pas la pratique même de l'adoption, c'est de faire produire à l'adoption les mêmes effets qu'à l'époque préislamique. D'après les mêmes jurisconsultes, on peut très bien concevoir, de nos jours, une adoption qui ne produirait par elle-même aucun effet, une espèce d'adoption de fait par laquelle une personne en recueillerait une autre chez elle,

la traiterait à l'égal d'un enfant et ferait en sorte pour qu'elle acquière dans sa fortune une part équivalente à celle d'un enfant.

Mais, une pareille pratique constitue-t-elle bien, à proprement parler, une adoption et peut-on lui donner ce nom ? C'est fort discutable. En tout cas, nous ne faisons que soulever la question, n'ayant pas à prendre parti au sujet d'opinions que nous nous bornons à reproduire.

Cette théorie est celle qui est la plus généralement enseignée à l'école. Que vaut-elle ? Elle a le mérite de très bien faire ressortir les raisons d'ordre social et théologique pour lesquelles le Prophète a condamné les effets de l'adoption préislamique. Mais, le dernier argument sur lequel elle repose est d'une subtilité un peu ambiguë, et ne manque pas que de compromettre la solidité de l'ensemble.

Notons, enfin, que parmi les auteurs français qui ont écrit sur le droit musulman, M. Luciani a eu à se prononcer sur la question précédemment posée. Il a conclu à l'abrogation de l'adoption par les versets du Coran. Voici comment il s'exprime à ce sujet dans son fameux *Traité des successions :*

« Il paraît certain que l'adoption proprement dite n'est « pas autorisée par la loi musulmane et que, par la suite, « il n'y a pas à en déterminer les règles et les effets.

« En premier lieu, il est un principe sur lequel tous les « auteurs arabes sont d'accord, c'est qu'il n'est pas per- « mis à un musulman de changer l'ordre légal des suc- « cessions ; il lui est donc interdit par cela même de con- « férer à quelqu'un une qualité qui lui donnerait droit « dans beaucoup de cas à la totalité de la succession. De « plus, aucun ouvrage de droit musulman ne mentionne « la filiation adoptive au nombre des causes de la succes- « sibilité. Enfin, El Khazin, dans son commentaire du

« Coran, et Chenchouri, dans son ouvrage intitulé *Cha-*
« *rah Et Tartib,* indiquent très explicitement que l'adop-
« tion, en usage avant l'avènement de la religion musul-
« mane et pratiquée par Mahomet lui-même, a été abolie
« par la XXXIII[e] sourate du Coran. » (1).

(1) LUCIANI, *Traité des successions musulmanes, op. cit.,* p. 98 et 99.

TROISIÈME PARTIE

L'adoption de nos jours

L'adoption de nos jours

GÉNÉRALITÉS

Survivance de l'adoption à la législation coranique en pays musulman. — Besoins sociaux auxquels elle correspondait. — Procédés juridiques inventés pour concilier ces besoins avec la loi. — L'inzal.

CHAPITRE I

L'inzal en Algérie

CHAPITRE II

L'inzal en Tunisie et au Maroc

CHAPITRE III

L'adoption en pays berbère. — L'asrimi

CHAPITRE IV

La ta'abbi

CONCLUSION

Le rôle social de l'adoption

GÉNÉRALITÉS

La conclusion à laquelle nous sommes arrivés à la partie précédente, c'est que la législation coranique a abrogé l'adoption, ou ce qui revient à peu près au même, l'a dépouillée de tout effet juridique. Dès lors, il y aurait à penser que, depuis la révélation des versets précédemment étudiés, l'adoption a cessé d'être pratiquée par les musulmans. Et, cependant, cette conséquence qui, logiquement, aurait dû se produire, est contredite par la réalité.

En fait, l'adoption a toujours continué à être largement pratiquée dans tous les pays musulmans. Les rapports des historiens, des explorateurs, des administrateurs civils et militaires sont très affirmatifs à ce sujet. En Algérie, au dire des fonctionnaires qui se sont occupés de l'état-civil, les actes d'adoption sont nombreux. Il arrive fréquemment, par exemple, qu'à la mort d'un homme, son frère épouse la veuve et adopte ses neveux (1). L'adoption est alors enregistrée en même temps que le mariage sur les registres de l'état civil et un seul et même acte est délivré aux parties. Des adoptions de ce genre, moins les formalités d'état civil, cela va sans dire, ont été également cons-

(1) Morand, cours, *op. cit.*

tatées en Tunisie (1) et au Maroc (2). En Arabie, l'adoption n'est pas un acte inconnu aux nomades. D'après les observations du père Jaussen, ils en distinguent même deux : une partielle et une totale. La première ne confère à l'adopté ni le droit de porter le nom de l'adoptant ni celui de venir à la succession ; c'est plutôt une quasi adoption. « C'est uniquement l'adoption vraie qui peut lui accor- « der ces avantages. On exige en principe que le jeune « homme à adopter passe d'abord quatre ou cinq ans dans « la maison. Pendant ce temps, il donne des preuves de « son caractère, de la noblesse de ses sentiments et de sa « conduite. Il demande ensuite à faire partie de la famille. « Naturellement, c'est le père de famille qui joue le rôle « principal dans cette admission ; c'est lui qui prononce « cera les paroles de l'adoption ; c'est lui qui déclarera « que le nouveau venu est son fils « damawy » et « sa- « mawy », c'est-à-dire qu'il portera désormais son nom « et participera à son sang ; la première condition sera « aisément remplie : il portera le nom de sa famille nou- « velle ; la seconde le contraindra à se marier dans la « tribu. Le fils adoptif, s'il est seul surtout, aura droit à « l'héritage et le recueillera tout entier ; mais il est tenu « également à toutes les obligations qui incombent au « fils » (3). En Egypte, aussi, la pratique de l'adoption s'est perpétuée (4). Cette pratique est même légalement consacrée par un article du Code du Statut personnel égyptien, l'article 354 (5), ainsi conçu : « On ne peut « adopter un enfant dont la naissance est connue. Qui-

(1) Pour la Tunisie, ce renseignement nous a été fourni par M'hamed Tahar ben Achour, ex-cadi de la ville de Tunis.

(2) Doutté, « Les Haha », *Bulletin du Commerce de l'Afrique Française*, Rens. Colon., 1905, n° 1, p. 8.

(3) Ant. Jaussen, *Coutumes des Arabes en pays de Moab*, p. 24 et suiv.

(4) Renseignement dû à M. Misk, syrien émigré en Egypte, ex-avocat au Caire.

(5) Clavel, *Du Statut personnel et des successions*, t. II, p. 352.

« conque aura adopté un enfant dont la naissance est « connue, n'est pas légalement tenu de pourvoir à son « entretien, ni aux frais de sa hadana (garde). L'adoption « filiale ne crée aucune prohibition de mariage entre « l'adopté et l'adoptant qui peut adopter la femme répu- « diée par son fils adoptif. Aucun n'a le droit de succéder « à l'autre (1). »

Mais, d'où vient que les Musulmans, d'ordinaire si attachés à suivre les prescriptions coraniques, les aient transgressées dans ce cas. C'est que la nouvelle législation consacrée par le Prophète à l'adoption n'était conforme ni à leurs sentiments ni à leurs besoins :

a) Non conformité au point de vue sentimental,

Il ne suffit pas d'une loi ou d'un précepte religieux pour changer les sentiments d'un peuple. Or, un des sentiments les plus solidement ancrés au cœur des Musulmans est celui de la paternité. Ce sentiment, quand la nature n'y satisfait pas d'elle-même, il y a un moyen d'y pourvoir, c'est de pratiquer l'adoption ; sans doute, ainsi que l'a démontré le Prophète, l'adoption est une imitation de la nature, et, à ce point de vue, elle est un pis aller, mais elle permet d'éviter la plus grande calamité qui puisse frapper un musulman (2) : l'extinction de sa famille. Et voilà pourquoi, les Arabes ont continué à y recourir, même après la venue de l'Islam.

b) Non conformité avec les besoins sociaux,

D'une manière générale, l'organisation sociale a peu évolué en pays musulman. La famille y est demeurée la

(1) Cet article attire deux remarques : il fait produire à l'adoption des effets absolument restreints ; en disposant qu'on ne peut adopter un enfant dont la naissance est connue, il consacre officiellement une erreur à peu près unanimement reconnue aujourd'hui, à savoir que cette condition, dans les textes arabes, est exigée pour la reconnaissance de paternité et non pour l'adoption.

(2) Jaussen et Savignac, *Mission archéologique en Arabie*, p. 463.

véritable unité sociale et politique. Pareillement, les besoins sociaux sont restés identiques (1). Ainsi s'explique que l'adoption ait survécu à la législation coranique, car, les besoins qui en rendaient l'emploi nécesaire à l'époque préislamique se sont perpétués jusqu'à nos jours.

Pourtant, la survivance de l'adoption aux versets du Coran, ne dût pas s'opérer d'un seul coup et sans difficultés. Il y a lieu de présumer qu'avant de s'implanter à nouveau dans les habitudes des musulmans, l'adoption fût combattue, en tout cas, qu'elle eût de sérieux obstacles à surmonter. Deux tendances durent probablement se manifester au sein de la population, après l'apparition des versets la concernant : d'une part, celle des théologiens, des zélés, des rigoristes qui demandaient l'application pure et simple des prescriptions coraniques, de l'autre, celle des jurisconsultes, des hommes d'affaires, des opportunistes qui, mieux au courant des nécessités sociales, étaient prêts à les concilier avec la loi, si c'était possible. Longtemps, sans doute, ces deux tendances durent se partager l'opinion, la première prenant l'avantage sur la seconde, et réciproquement, suivant l'état d'esprit du moment, ou la vogue des partisans de chacune, jusqu'au jour où le caractère d'utilité de l'adoption venant à bout des dernières résistances, celle-ci s'imposa définitivement.

Mais, pour que l'adoption ait pu ainsi s'imposer, puis être admise et reconnue de tous, encore a-t-il fallu lui donner un caractère légal, c'est-à-dire la concilier en quelque sorte avec les versets qui la condamnent ? Comment est-on parvenu à ce résultat ? A la faveur de quels moyens de droit, en employant quels expédients, en faisant quelles concessions ?... C'est ce qu'il nous reste à rechercher.

Ainsi que cela a été déjà indiqué dans la partie précé-

---

(1) R. Dozy, *Histoire des Musulmans d'Espagne*, éd. 1861, t. I, livre 1, p. 3 et suiv.

Morand, *Etudes de droit musulman algérien*, « La famille », p. 52 et suiv.

dente, l'adoption préislamique engendrait deux conséquences particulièrement odieuses au Prophète et officiellement condamnées par lui : d'une part, elle conférait à l'adopté les mêmes droits qu'à un enfant légitime ; de l'autre, elle était une imitation de la nature.

Cette deuxième conséquence est d'ordre théologique et n'intéresse pas notre sujet.

Quand à la condamnation de la première, elle constituait pour l'époque un fait d'une extrême importance. Elle équivalait à l'abrogation même de l'adoption. Dire que l'adoption ne pouvait plus avoir pour effet de faire de l'adopté un successible de l'adoptant ou abroger l'adoption, c'était tout un. Aussi, cette nouvelle législation dût-elle plonger les praticiens dans un embarras cruel ?

Car, le Coran, c'est le lieu de l'indiquer, n'a jamais pénétré la masse. Du Livre Saint, la grande majorité des fidèles sait par cœur quelques formules d'adoration pieuse, et pas plus. Toute la partie consacrée aux questions de droit proprement dites, à la famille, aux dévolutions successorales, est ignorée d'elle. Ce qui donne à penser que les demandes d'adoption ne furent ni moins nombreuses ni moins pressantes après l'apparition de ces versets qu'avant.

Au début, il y a lieu de présumer que les praticiens, cadi, adoul, ouléma, opposèrent à ces demandes les versets du Coran et refusèrent d'y donner suite. Mais, peu à peu, la volonté des gens qui voulaient faire des adoptions ne désarmant pas, mais, s'affirmant, au contraire, par toute espèce de moyens, ils furent bien obligés d'y prêter attention. D'autant plus que, parmi eux, certains, se rendant compte des conséquences fâcheuses qu'engendrait une telle prohibition dans de nombreux cas particuliers, étaient des partisans convaincus, quoique secrets, de l'adoption et de son utilité.

Mais, il ne suffisait pas aux praticiens de vouloir donner satisfaction aux désirs qui leur étaient manifestés. La législation coranique se dressait comme un obstacle insurmontable devant eux. Passer outre, ce n'était pas possible. Il n'y avait qu'un moyen d'en venir à bout : suppléer aux anciens effets de l'adoption préislamique par des moyens de droit nouveaux, et, si besoin était, recourir à des expédients.

Or, parmi ces effets, le principal, celui qui tenait le plus au cœur des Musulmans, était celui qui faisait de l'adopté l'héritier de l'adoptant. Cet effet n'était-il pas en quelque sorte le couronnement logique de l'institution même, celui vers lequel elle concourait tout naturellement ? Il était naturel, en effet, que l'homme qui avait voué à un enfant les mêmes sentiments qu'à un fils légitime, et lui avait assuré, au sein de sa famille, la même situation morale et matérielle, voulût en faire un successeur. S'étant attaché à lui comme à un véritable fils, il devait considérer comme un devoir de lui continuer, autant que possible, après sa mort, aide et protection. Aussi, est-ce surtout de venir à bout d'une suppression aussi gênante que s'efforcèrent les praticiens.

A première vue les moyens semblaient ne pas devoir leur manquer pour atteindre ce résultat. N'avaient-ils pas à leur disposition deux actes juridiques, en apparence, très commodes, leur permettant d'obvier aux prohibitions de la loi coranique : la donation et le testament ?

Mais, l'un et l'autre de ces actes présentait des inconvénients que l'expérience eût dû tôt faire de mettre en évidence :

a) La donation opérait le désaisissement immédiat du donateur, une fois la mise en possession de la chose donnée exigée du donataire (1). Or, ce désaisissement n'entrait

(1) Morand, Cours.

certainement pas dans les vues de ceux qui, au moyen de l'adoption, se proposaient bien de faire acquérir une partie de leur fortune à d'autres personnes, mais pour après leur mort.

b) Par ailleurs, faire acquérir une part d'enfant à une personne par testament, ce n'était pas facile. En effet, le calcul de cette part pouvait être exact au moment de la rédaction du testament et ne plus l'être à la mort du testateur ; pour ce, il suffisait que, dans cet intervalle, des décès se soient produits parmi les héritiers éventuels du testateur, ou que, par des naissances, le nombre de ces héritiers se soit accru. Auquel cas, la volonté du testateur ne recevait pas satisfaction, ce qui était un premier inconvénient ; de plus, nouvel inconvénient, on ne pouvait disposer que du tiers de sa fortune par testament alors que l'adoption permettait de disposer de la totalité.

Ainsi, la donation et le testament ne pouvaient suppléer aux effets de l'ancienne adoption qu'en exposant leurs auteurs à de graves mécomptes :

Ou se dépouiller, de leur vivant, de la part qui, légalement, serait revenue à la personne qu'ils considéraient comme leur fils adoptif, si elle avait été leur véritable fils.

Ou laisser à cette personne par testament une part supérieure ou inférieure à la part que lui reconnaîtrait la loi, au cas de filiation légitime, et jamais plus de tiers.

N'empêche que, dans les premiers siècles de l'Islam, ces deux actes furent très probablement employés pour faire échec à la législation coranique, jusqu'au jour où, après bien des tâtonnements et des tentatives, se répandit la pratique d'un acte, d'une rédaction spéciale, appelé inzal ou t'nzil. Ce qui ajoute de la force à cette induction, c'est que l'inzal, dès son apparition, donna lieu à de vives controverses, ainsi que nous le verrons plus loin, sur la question de savoir s'il était un testament ou une donation. Aussi

peut-on présumer, sans trop de risques d'erreur, qu'avant lui, des formules d'actes de donation ou de testament furent essayées, avec des correctifs appropriés, en vue de remédier à la suppression des actes d'adoption, et que c'est d'une de ces formules qu'il est dérivé.

Quoi qu'il en soit de cette hypothèse, toujours est-il qu'à la fin du IVe siècle, c'est la date qui est donnée par Abd Er Rahman ben Abd El Qader El Fâsi (1), l'inzal est répandu un peu partout dans le monde des praticiens et des hommes d'affaire, et que son usage est considéré comme légal par la doctrine et les tribunaux. Mais, quelle est, à proprement parler, la valeur juridique de cet acte ? Est-ce un véritable acte d'adoption produisant entre les personnes qui y sont parties les mêmes effets que l'adoption préislamique, ou est-ce simplement un acte testamentaire ou un acte de donation, rédigés d'une façon spéciale, et permettant de satisfaire aux mêmes besoins qu'un acte d'adoption ? Il est difficile de répondre d'une façon ferme à une pareille question. Car, l'inzal, aussi étrange que celà paraisse, est ou a été à peu près tout celà. Peu d'actes ont donné naissance à autant de controverses et ont été interprétés de façon aussi différente que lui. Et c'est assez compréhensible. OEuvre de praticiens beaucoup plus préoccupés de satisfaire à des besoins déterminés que d'observer les principes, il s'est toujours ressenti de cette origine un peu spéciale, et il a eu des fortunes très diverses suivant les âges et suivant les pays.

Suivant les âges : la doctrine a été longue à se mettre d'accord sur la véritable nature juridique de l'inzal. Les recueils de jurisprudence sont pleins des luttes passionnées que l'analyse de cet acte a suscitées entre les jurisconsultes de l'époque classique.

Suivant les pays : de nature juridique assez imprécise,

(1) Abd Er Rahman Ben Abd El Qader El Fâsi, auteur de l'*Amal El Fasi*.

l'inzal a été très sensible aux diverses influences sociales qu'il a eu à subir. C'est ainsi que des effets très différents lui sont reconnus en Algérie, d'une part, en Tunisie et au Maroc, de l'autre.

Une étude de l'inzal, pour être complète, devra donc tenir compte de ce double facteur. Partant de ce point de vue, la nôtre sera ainsi comprise :

l'inzal dans la doctrine musulmane,

l'inzal en Algérie,

l'inzal en Tunisie et au Maroc.

CHAPITRE PREMIER

L'INZAL EN ALGÉRIE

L'INZAL EN ALGÉRIE

Ce chapitre est précédé d'une introduction consacrée à l'étude de l'inzal dans la doctrine musulmane.

Cette introduction se justifie à un double point de vue : l'étude de l'inzal dans la doctrine musulmane présente en elle-même un intérêt historique appréciable ; elle a également et, surtout, pour but de rendre plus compréhensibles les développements à suivre sur le fonctionnement de l'inzal en Algérie.

INTRODUCTION

L'Inzal dans la doctrine musulmane

A peine l'emploi de l'inzal s'était-il répandu parmi les notaires et leurs scribes, qu'une discussion passionnée s'engagea entre les docteurs de l'époque ou « Mouta' akhirouns ». Les uns prétendaient que l'inzal était une donation et qu'à ce titre les règles des donations lui étaient applicables, les autres soutenaient que l'inzal était un testament soumis aux règles de la matière. Voici en quels termes est rapporté ce débat dans l'Amal El Fâsi [1] :

« Si le mounzil a fait un acte d'inzal au profit de l'un « de ses héritiers ou d'une autre personne et si le moun- « zal est mort après avoir été agréé par les héritiers mais « avant d'avoir pris possession ;

« les uns disent :

« C'est là une question qui intéresse le tiers disponible

(1) *Amal El Fasi,* commentaires de As. Sidjilmasi, édition lithographiée de Fez, vol. II, folio 41, p. 7, ch. des « Testaments, tutelle et interdits ».

« et doit être réglée suivant les dispositions insérées au « Coran sur cette matière ;

« les autres disent :

« C'est une donation qui ne peut être valable que s'il y « a eu prise de possession pendant la vie du mounzil ;

« En d'autres termes, l'agrément donné par les héri- « tiers à l'acte d'inzal doit-il être suivi de prise de posses- « sion par le mounzil, comme c'est le cas pour la dona- « tion, ou n'en a-t-il pas besoin comme c'est le cas pour « le testament de moins du tiers ?

« Aisa ben Alal déclare : l'opinion dominante est que « la prise de possession est nécessaire pour que l'agré- « ment des héritiers crée la donation.

« Au contraire, d'après la doctrine la moins répandue, « l'inzal est valable et le bénéficiaire en reçoit l'émolu- « ment sous la seule condition de l'agrément des héritiers « et sans qu'il y ait besoin de prise de possession.

« Cette dernière opinion est celle à laquelle s'est rangé « El Faradhî En Naouâzlî Abou Rachid Yaqoub El Ydri.

« Finalement, c'est celle qui a prévalu.

Puis la même question est de nouveau examinée à propos d'un cas concret.

« Question posée à Abou Abdallah Mohammed El « Hasaïn El Mansôuri, cadi des Qhomara : Un homme a « deux fils. Ces deux fils meurent, laissant des enfants. « Cet homme fait un acte d'inzal dans lequel il stipule que « ses petits enfants viendront à sa succession avec les « mêmes droits que leur père ; puis, lui-même meurt, lais- « sant un fils. Les petits-fils ont-ils droit à la succession « ou non ?

« Réponse. — Etant donné les faits qui précèdent, cet « homme a fait un testament en faveur de ses petits-fils.

« L'inzal vaut comme testament pour le tiers disponible. « Ses petits-fils partageront entre eux ce tiers dans la « proportion de leurs droits héréditaires. C'est là une so- « lution suivie en jurisprudence.

« Un procès s'étant élevé à ce sujet à Fez, devant l'iman « Moulay Abdallah ben Mohammed, Mohammed ben Dji- « lal a donné dans cette affaire une fatwa déclarant l'acte « d'inzal nul et les petits-fils sans aucun droit, faute de « prise de possession par eux durant la vie de leur aïeul. « En effet, d'après lui, l'inzal valant comme donation, de- « vait être frappé de nullité comme n'ayant pas été suivi « de prise de possession. Yahïa Sirâdj et Abdellaouï El « Haouïri, ainsi que quantité d'autres jurisconsultes de « l'époque, se sont rangés à son avis. Mais Yaqoub El « Ydri (déjà cité) a repoussé leur opinion, déclarant que « l'inzal intervenu dans l'hypothèse rappelée plus haut « s'analysait en un testament et non en une donation. « Après d'âpres controverses, l'opinion de Mohammed « ben Djilal et de ses partisans fut rejetée, celle d'Yaqoub « El Ydri acceptée, et c'est à cette dernière que se sont « conformés les nouazils de l'époque. »

Cette querelle, qui semble avoir eu un certain retentissement dans les annales juridiques de l'époque, est également signalée par Si El Madi El Ouazzani dans le M'iayar El Djedid (1) :

« Et tout le monde, écrit-il, a encore présent à l'esprit la fameuse discussion qui s'engagea entre les jurisconsultes de la fin du IVe siècle sur la question de savoir si le t'nzil était un acte de donation ou un acte testamentaire.

(1) *M'iayar El Djedid*, ouvrage très répandu à Fez, dont l'auteur Si El Madi El Ouazzani, actuellement en vie, est moudaress à la Djamaa Korouiyn. Il n'y a qu'une édition de cet ouvrage actuellement épuisée. On en trouve des copies manuscrites assez abondantes.

Aujourd'hui, cette question ne se pose pas ; pour tout le monde, il est indiscutable que le t'nzil est un testament. »

L'opinion que l'inzal est un acte testamentaire finit donc par triompher sans conteste, et, de nos jours, la controverse que nous venons de rappeler n'est plus qu'un souvenir. Pour aucun jurisconsulte il y a doute que l'inzal ne soit un testament. La meilleure preuve qu'on puisse en donner, c'est que tous les auteurs traitent de l'inzal au chapitre des testaments. D'ailleurs, si l'on veut des attestations, elles ne manquent pas. Disposent que l'inzal est un testament le cheikh M'yara et Tasouli (1) dans leurs commentaires de la Tofha d'Ibn Acem. C'est également l'opinion enseignée par le Moukhtassar et M'iayar (El Ouancharisi). Enfin, pour citer des avis plus récents, il est dit dans le « M'iayar El Djedid » : « Comme l'a démontré le cadi El Mayathi, le t'nzil est un testament et en produit tous les effets. »

Une fois l'accord fait sur l'opinion que l'inzal était un testament, une nouvelle discussion s'engagea à son sujet.

L'auteur de l'inzal, ou mounzil, en mettant une personne à la place d'un de ses héritiers, peut ainsi être amené à disposer de plus du tiers de sa fortune au profit de cette personne. Or, l'inzal, en tant qu'il est un testament, est soumis à la fameuse règle que « par testament, on ne peut disposer que du tiers de sa fortune. » En pareille hypothèse, l'inzal ne sera donc valable que pour le tiers ; mais, il pourra recevoir exécution pour la portion excédant le tiers, si les héritiers du mounzil y consentent.

La question se pose alors de savoir si le consentement des héritiers, en pareil cas, équivaut à une donation, et, par voie de conséquence, s'il est soumis aux règles des

(1) At Tasouli (Ali), *Commentaires de la Tohfa d'Ibn Acem*, 2 vol., Le Caire, 1317 (de l'hég.).

donations, ou s'il n'est qu'une simple confirmation de l'acte du défunt.

Après bien des débats, ce fut le premier point de vue qui l'emporta.

L'agrément des héritiers en faveur du bénéficiaire pour l'excédent du tiers disponible vaut comme une libéralité nouvelle, et il y a lieu à prise de possession.

Voici comment cette question est posée et résolue dans l'Amal El Fasi.

« 2e Question. — Elle se pose à propos de l'agrément « donné par les héritiers en faveur du bénéficiaire pour « l'excédent du tiers disponible. C'est sur cette question « que porte véritablement la controverse, à savoir s'il y a « libéralité nouvelle ou confirmation de l'acte du défunt. « Dans la première opinion, il y a lieu à prise de posses- « sion ; dans la deuxième, cette prise de possession est « inutile.

« Cette question a donné lieu à de nombreuses divergen- « ces.

« La doctrine dominante est que la prise de possession « est nécessaire. C'est ainsi qu'il est dit au Moukh'tassar : « S'il y a eu agrément (donné par les héritiers), il y a libé- « ralité ». Il est rapporté au M'iayar (El-Ouancharisi) : « Sidi Alou El Hasan El S'ghrir de Marrakech a été ques- « tionné au sujet de l'agrément donné par les héritiers. « Est-ce une libéralité nouvelle ou est-ce une confirmation « et quelle est la doctrine dominante au sujet de ces deux « hypothèses ». Il a répondu : « La doctrine dominante « est qu'il y a libéralité nouvelle et non confirmation ». « En effet, n'y a-t-il pas appauvrissement (de celui qui « donne l'agrément) comme au cas d'une donation ? « La même opinion est exprimée dans le « Dour el Nacir » « en termes différents mais de même sens. Ibn Allal, après

« cette réponse, a conclu : « C'est la solution conforme à « la doctrine de la Moudawana. »

En somme, la conclusion à laquelle aboutirent tous ces débats, c'est que l'inzal était un testament, d'une rédaction spéciale, soumis, dans certains cas, à l'approbation des héritiers auxquels il était opposé. Désormais, la véritable nature juridique de l'inzal était fixé.

Du reste, la lecture de ces sortes d'acte est éminemment suggestive. Aussi, ne croyons-nous pas inutile, pour mieux fixer les idées, de donner la traduction de deux de ces actes que nous devons à l'obligeance de Si Derouich, cadi de la Mahakma de Constantine :

N° 300 des minutes de la Mahakma de la ville de Constantine.

Empreinte du sceau de Sid Derouich Mostafa ben El Hadj Derouich, cadi de cette Mahakma.

Louange à Dieu ! Ceci est une expédition d'un acte d'inzal extrait des minutes de la Mahakma, à la date des présentes, sur la demande de l'intéressé.

En voici la teneur.

Louange à Dieu !

Devant le cadi de la mahakma de la ville de Constantine, première circonscription judiciaire, titulaire du sceau apposé ci-dessus, assisté de ses deux témoins, instrumentaires,

A comparu :

l'homme d'âge mûr Benabdeslem Brahim ben Mohammed ben Dahmane, originaire de Constantine, dont la carte d'identité porte le n° 3417, marchand de tabac, demeurant

à Constantine, lequel se trouvant dans l'état voulu de capacité civile et requérant acte contre lui-même ;

a formellement déclaré mettre aux lieu et place de son fils le nommé Saïd, fils de père inconnu et de El Afri Messaouda, celle-ci également fille de père inconnu, âgé de six ans, d'après l'extrait de son acte de naissance, enfant qui lui a été confié par M. le Président du Bureau de Bienfaisance en novembre 1910, en sorte que ledit Saïd prendra dans les biens que laissera le comparant et, après son décès, ce que prendrait son propre fils.

En conséquence, il demeure établi que l'enfant Saïd susnommé a été placé par Benabdeslem Brahim ben Mohammed prénommé aux lieu et place de son propre fils pour prendre après sa mort ce que prendrait celui-ci.

Témoignage, etc...

N° 878 des minutes de la mahakma de la banlieue de Constantine.

Empreinte du sceau de Sid Kadi Saïd ben Tayeb, bachadel à cette mahakma,

Louange à Dieu seul !

Ceci est une expédition d'un acte d'inzal extraite des minutes de la mahakma, sur la demande de l'intéressé,

En voici la teneur.

Louange à Dieu seul !

Devant le bachadel de la mahakma de la banlieue de Constantine, deuxième circonscription judiciaire, titulaire du sceau apposé ci-dessus, assisté de ses deux témoins instrumentaires,

A comparu :

le nommé Teldjoun Mebrouk ben Elhouine ben Belka-

cem, originaire des Ouled Aïdoun, dont la carte d'identité porte le n° 25, demeurant à Beni Hamidane, commune de Bizot, lequel se trouvant dans l'état voulu de capacité civile et requérant acte contre lui-même ;

a formellement déclaré mettre ses petits-fils mineurs Mahmoud et Mousthafa, enfants de son fils feu Saad, aux lieu et place de ce dernier, en sorte qu'ils prendront dans la succession tant mobilière qu'immobilière qu'il laissera lui-même à sa mort ce que prendrait son fils, concurremment avec ses autres héritiers, si celui-ci était encore vivant et ce dans la proportion de deux parts pour chaque garçon et d'une part pour chaque fille.

Témoignage, etc...

De nos jours, l'inzal est étudié avec beaucoup de soin dans les universités musulmanes. On en donne généralement l'analyse juridique suivante (1) :

Deux cas sont envisagés :

Premier cas. — L'inzal emporte disposition au profit du mounzal d'une part de la fortune du mounzil égale ou inférieure au tiers. L'inzal est alors un simple testament.

Deuxième cas. — L'inzal emporte disposition au profit du mounzal d'une part de la fortune du mounzil supérieure au tiers. L'inzal constitue un acte d'une espèce particulière tenant à la fois du testament et de la donation.

En effet, dans ce cas, il apparaît que l'inzal est la réunion de deux actes :

pour la part afférente au tiers de la fortune, l'inzal est un testament ;

(1) L'analyse ci-dessus est celle qui est donnée à la Djamaa Karouiyn, à Fez. Mais, il paraît qu'elle n'a aucun caractère original ; c'est elle qui est enseignée, en général, dans les autres djamaas.

pour la part afférente au surplus, il est une donation consentie par les héritiers au légataire, sur la demande du disposant.

Pour cette part, en effet, il ne peut même pas être dit qu'il est un testament soumis à la réalisation d'une condition potestative consistant dans le consentement des héritiers, car, de l'avis général des jurisconsultes classiques — nous l'avons vu — ce consentement s'analyse en une donation et non en une simple confirmation. Et cette distinction n'est pas une simple question de terminologie. Elle a un intérêt pratique dont l'évidence se manifeste dans l'hypothèse suivante. Une fois la mort du disposant survenue, si, à son tour, le légataire décède après le consentement des héritiers à l'exécution intégrale de l'inzal, la solution à intervenir n'est pas la même suivant la valeur juridique accordée à ce consentement. Est-il considéré comme une donation ? Si le légataire est mort avant que la tradition de la part excédant le tiers ait eu lieu, cette part fait retour aux héritiers par application des règles de la donation (1). Est-il, au contraire, considéré comme une simple confirmation ? La formalité de la tradition est inutile et la part excédant le tiers viendra aux héritiers du légataire.

Mais, rares sont dans la pratique les cas où les dispositions de l'inzal au profit du mounzal excèdent le tiers de la fortune du mounzil et où le consentement des héritiers devient obligatoire. Aussi, n'est-il pas excessif de dire en tenant compte du *plerumque fit* que l'inzal est un testament ; et est-on appelé, pour le même motif, à trouver satisfaisante la définition suivante qui en est donnée dans l'Amal El Fasi :

« Dans sa forme actuelle, l'inzal est un testament dans

(1) *Medjallat* (art. 849). La mort du donateur ou du donataire, avant la tradition, rend la dotation nulle.

« lequel une personne déclare en placer une autre aux « lieu et place d'un de ses parents, de façon à ce qu'il soit « attribué à la personne qu'elle désigne, dans le partage « des biens qu'elle laissera après sa mort, une part égale « à celle qui lui serait acquise par la loi, si cette personne « était véritablement unie à elle par les liens de la pa- « renté indiquée. »

Passons maintenant à l'objet même de ce chapitre, l'étude de l'inzal en Algérie :

L'INZAL EN ALGÉRIE

L'étude théorique qui vient d'être faite de l'inzal conduit à la remarque suivante : cet acte constituait un moyen de droit très commode pour ceux qui, concevant de véritables sentiments paternels envers des enfants qui n'étaient pas les leurs, voulaient faire de ces enfants leurs successibles, ainsi que cela leur eût été possible au moyen de l'adoption préislamique. En effet, si la part à revenir à ces enfants dans leurs successions était égale ou inférieure au tiers de leurs biens, l'inzal pouvait remplir à leur égard le même office qu'une acte d'adoption. Il leur permettait de faire venir ces enfants à leur succession au même titre que leurs autres héritiers ; or, l'adoption préislamique ne leur aurait pas permis davantage. Mais, où l'inzal se révélait inférieur

à un acte d'adoption, c'était quand la part à revenir à ces mêmes enfants était supérieure au tiers des biens de leurs pseudo-pères. Alors, nous l'avons vu, pour que l'inzal reçût exécution quant à la partie des biens excédant le tiers, il fallait le consentement des autres héritiers.

Ce dernier inconvénient mis à part, et remarque faite que, dans la pratique, les cas où la part revenant au mounzal excédait la quotité disponible étaient rares, l'inzal était appelé à rendre les plus grands services aux personnes qui se trouvaient dans la situation ci-dessus analysée. En introduisant dans le formulaire notarial un acte aussi apte que l'inzal à remplir la volonté de ces personnes, il semble qu'on aurait dû combler leurs vœux. Et, pourtant, il faut reconnaître qu'elles restaient très sensibles à l'inconvénient sus-indiqué ; chez elles, le souvenir de l'ancienne adoption s'était conservé par la tradition, et quand elles pensaient à un acte pouvant leur permettre de rendre véritablement efficaces leurs sentiments acquis pour certains enfants, c'était un acte produisant des effets aussi absolus que celui d'adoption qu'elles imaginaient.

Pour arriver à un pareil résultat, il n'y avait qu'un pas à franchir : c'était de passer outre à l'analyse juridique de l'inzal à laquelle s'étaient arrêtés les docteurs musulmans, c'était de venir à bout de la théorie que l'inzal était un testament. A supposer, en effet, que l'inzal n'eût plus été considéré comme un testament, le consentement des héritiers n'aurait plus été nécessaire quand la part revenant au mounzal aurait excédé le tiers disponible. L'inzal serait devenu alors l'équivalent d'un acte d'adoption : à part que le mot d'adoption n'aurait pas été prononcé, il aurait prosuit sur ce point les mêmes effets.

Mais, s'il est une matière où la théorie est non seulement vivace, mais autoritaire, tyrannique même, c'est bien celle du droit en pays musulman. Dépositaires d'une loi

qu'ils considèrent comme divine (1), les docteurs musulmans ont, avant tout, le souci d'en être les gardiens vigilants. Formalistes, ils le sont à l'excès, et, pour eux, tout ce qui n'est pas conforme aux principes, à ce qu'ils appellent d'un mot le « chraa » ou encore la « mestra el chraïa » doit être écarté.

Or, dans l'hypothèse présente, quel caractère juridique aurait-on pu reconnaître à l'inzal, si on lui avait enlevé celui de testament. Il aurait alors fallu admettre qu'il était un acte d'une nature particulière ayant pour effet de permettre à ses auteurs de se donner, disons le mot, de s'instituer des héritiers. Mais, un tel acte n'aurait pas pu se justifier légalement. Il aurait été en contradiction manifeste avec les principes de droit les mieux établis. La loi musulmane, en effet, n'autorise pas les institutions d'héritiers (2). Elle n'admet pas qu'une personne puisse se donner à elle-même un héritier, désigner une autre personne qui vienne, à sa mort, au partage de ses biens en même temps que ses autres héritiers ou même à leur exclusion. C'est le Coran qui indique à quelles personnes appartient la qualité d'héritiers (Ch. IV, vers. 8 et 34), et, en dehors de lui, cette qualité ne peut être reconnue à aucune autre.

Aussi, si des tentatives furent faites dans le sens indiqué — et tout porte à croire qu'il y en eut d'obstinées dans la plupart des pays musulmans — elles échouèrent ; invariablement, elles se heurtèrent à l'intransigeance des docteurs musulmans, à leur souci scrupuleux de conserver intacts les principes. Pourtant, grâce à des circonstances spéciales, et en particulier, à notre conquête, un de ces pays devait faire fléchir la rigueur des principes en cette matière, faire produire à l'inzal les mêmes effets qu'à un acte

(1) CALDERARO, *Rapport sur la réorganisation de la justice musulmane au Maroc*, Archives du Secrétariat général chérifien.

(2) *Revue Algérienne et Tunisienne de législation et de jurisprudence*, année 1906, note de M. Morand, p. 348.

d'adoption, confondre même l'inzal et l'adoption, c'est l'Algérie.

Comment s'opéra cette confusion ? Sous l'influence de quels éléments nouveaux, à la faveur de quels moyens de droit ? Nous allons tâcher de le rechercher.

Il importe de remarquer, tout d'abord, qu'en Algérie le droit musulman n'est pas resté indemne de toute influence française. Quelque respect qui lui ait été officiellement manifesté, quelque bonne volonté évidente qu'on ait eu d'en laisser l'application intacte aux indigènes musulmans, il n'en est pas moins vrai qu'il a subi, à notre contact, des transformations très profondes.

Ces transformations, deux sortes de cause semblent les avoir produites : des causes directes et des causes indirectes.

Au nombre des causes directes, il suffira de citer notre législation sur l'organisation du service de la justice musulmane en Algérie.

Cette législation (décrets du 17 novembre 1884 et 25 mai 1892), en faisant du juge de paix français le juge de droit commun en matière musulmane (1), en laissant aux indigènes musulmans, dans les matières où le cadi est compétent, la faculté de saisir le juge français (2), enfin, en décidant que les jugements en premier ressort des juges de paix et des cadis seront portés devant le tribunal civil de l'arrondissement (3), c'est-à-dire encore devant un tribunal français, ne pouvait pas ne pas modifier, et d'énorme façon, le droit musulman. Faire appliquer le droit musulman par des juges français, c'était lui donner vie en dehors de son milieu et de son esprit traditionnels, c'était

(1) LARCHER, *Traité de Législation algérienne*, t. II, p. 167 et suiv.

(2) LARCHER, *op. cit.*, p. 169 et 170.

(3) LARCHER, *op. cit.*, p. 177 et suiv.

l'exposer, sans défense, à des appréciations erronées, à de fausses interprétations, à des compétences insuffisantes. Aussi que, soumis à un tel régime, le droit musulman se soit transformé, cela n'a rien que de très compréhensible.

Au nombre des causes indirectes, nous indiquerons l'influence exercée par notre occupation sur l'esprit des juges musulmans et des justiciables.

On pourrait croire qu'au moins, dans des matières où le cadi est resté compétent, en matière de statut personnel et de successions, le droit musulman a eu plus de chances de se conserver intact. Il faudrait pour cela ne pas tenir compte de l'évolution subie par les cadis et les justiciables au contact de nos institutions, de nos mœurs, de notre administration toute entière. Quelle opposition entre nos méthodes et celles de l'ancienne magistrature musulmane ! Le cadi, lui, ne se recrute plus, comme autrefois, parmi les anciens tolbas de quelque université réputée ou les adoul qu'un long et irréprochable exercice de leur ministère a désignés à l'attention ; de nos jours, le cadi est un ancien élève de nos médersas ; demain, il aura son diplôme de licencié en droit. Enfin, au point de vue professionnel, le cadi se rendant compte qu'il est, avant tout, un échelon dans la hiérarchie judiciaire, n'a pas la même indépendance qu'au temps où il n'obéissait qu'à sa conscience et à son Dieu.

Le justiciable, lui aussi, n'est plus le même. Il n'est pas sans avoir pris conscience que les conditions dans lesquelles est rendue la justice ont changé. N'en serait-il pas averti que la foule sordide des chaouchs, des aouns, des oukils de campagne a tôt fait de le renseigner. Sous le nouveau régime, les principes ne sont plus opposés avec la même rigueur ; et il est beaucoup plus tenu compte de la volonté des parties. Il est également plus facile de s'expliquer ; il y a des débats publics où on se fait représen-

ter. Or, le felah, lui, n'a cure du chraah ; ce qui lui importe, c'est d'arranger ses affaires de famille au mieux de ses intérêts ou d'agrandir son champ ; et pour arriver à ce résultat, peu lui chaud de s'adresser à la justice française.

Cette ramarque est de la plus grande utilité. Elle est une brève mise au point des éléments nouveaux introduits par notre conquête dans la justice musulmane ; à ce point de vue, elle sert à rendre plus compréhensibe l'exposé qui va suivre et en constitue, pour ainsi dire, l'introduction.

Avant l'occupation française, l'inzal était pratiqué et répandu en Algérie. Il y pourvoyait alors aux mêmes besoins que dans les autres pays musulmans ; d'une part, il servait aux pères qui avaient contracté ce qu'on pourrait appeler des « adoptions de fait », d'obvier dans une certaine mesure aux prohibitions de la législation coranique, de l'autre, de remédier à l'absence de représentation en droit musulman. Or, ces « adoptions de fait » ont toujours été très nombreuses en Algérie. Les familles où il y avait ce qu'on appelait et ce qu'on appelle encore de nos jours un « r'bibi », (littéralement : celui qui a été élevé comme un fils de la famille), c'est-à-dire un fils adoptif, n'étaient pas rares ; dans les grandes villes, en particulier à Alger, il était de pratique constante chez les familles riches de recueillir un enfant pauvre ou abandonné et d'en faire un fils adoptif, pratique qui s'est maintenue très vivace jusqu'à nos jours (1). Vis-à-vis de ces enfants, l'inzal jouait son rôle traditionnel.

Mais, ce rôle, ainsi qu'il a déjà été entrevu, semblait insuffisant aux auteurs de semblables pratiques. A leur avis, on ne leur laissait jamais assez faire pour ceux qu'ils auraient voulu que la loi elle-même considérât comme

(1) V. Exposé des motifs de la demande dans le jugement du cadi maléki d'Alger du 4 mars 1906, n° 55 du registre des minutes.

leurs propres enfants. On ne tenait pas assez compte de leur volonté, de leur intention.

En cette matière, comme en tant d'autres, les transformations apportées par nous dans l'organisation de la justice musulmane eurent leur répercussion inévitable. Autre chose est, en effet, de faire juger un point de droit musulman par un juge musulman ou par un juge français. L'intention qui vient d'être indiquée, si les véritables juges musulmans s'obstinèrent à ne pas la prendre en considération, c'est qu'elle était contraire, ainsi qu'il a été démontré, à des principes de droit certains. Mais, ces principes n'eurent pas le don d'embarrasser les juges français. Soit qu'ils les aient méconnus, ce qui est possible, soit que, ce qui est encore probable, moins formalistes, ils aient jugé plus équitable de tenir compte de l'intention des parties que des textes et de la doctrine, toujours est-il qu'ils furent amenés à juger que l'inzal constituait une véritable adoption et qu'il en produisait tous les effets. Le premier jugement où cette confusion est faite est un arrêt de la Cour d'Appel d'Alger en date du 1er Mai 1879 (1).

« Attendu, y est-il dit, qu'il résulte des énonciations « d'un acte dressé le 25 février 1869 par le cadi de Bône, « sur la déclaration de six témoins, en présence de Mazoug « ben Mohammed, etc..., que dans le cours de la maladie « à laquelle il a succombé, Mohamed ben Yacoub (le *de* « *cujus*) a déclaré adopter et placer au rang de ses en- « fants mâles Brahim ben Mokhtar son neveu ; que, par « l'effet de cette adoption, qui n'a pas été contestée, Bra- « him ben Mokhtar a acquis sur la succession de Moham- « med ben Yacoub tous les droits d'un enfant légitime, « etc. »

(1) *Journal de Robe*, vol. 1879, p. 260.
ESTOUBLON, *Bulletin judiciaire*, année 1881, p. 51.

La lecture de ces attendus ne laisse aucun doute sur la nature de l'acte auquel il est fait allusion dans cet arrêt ; c'est un acte d'inzal. De même que cette lecture donne l'impression très nette que les juges auxquels il a été présenté ont pris cet acte pour un acte d'adoption. Voilà pourquoi ils lui ont fait produire tous les effets de l'adoption et non pas les effets limitatifs de l'acte spécial qu'est l'inzal.

Mais, cet arrêt qui finalement a fixé la jurisprudence des tribunaux algériens, ne fut pas sans surprendre les cadis. Il y a lieu d'observer, d'abord, que cet arrêt réformait un jugement de cadi rendu sur la matière dans le sens traditionnel. Et il faut ajouter, ensuite, que ce n'est pas sans réticences que les effets d'une pareille sentence furent accueillis par la magistrature musulmane.

Les cadis, pendant longtemps, refusèrent de considérer l'inzal autrement que comme un testament. Leur obstruction amena même, à un moment donné, un revirement dans la jurisprudence. Témoins le jugement du 19 décembre 1892 (1) de la Chambre des Appels Musulmans d'Alger, et l'arrêt de la Cour de Cassation du 20 mars 1906 (2).

Le cadi d'Alger, dans un jugement du 3 février 1892, ayant refusé de reconnaître à un bénéficiaire d'acte d'inzal la qualité de fils adoptif, et, à ce titre, sa venue à la succession de l'auteur de cet acte comme héritier, appel de ce jugement fut interjeté devant la Chambre des appels musulmans d'Alger qui, par jugement en date du 19 décembre 1892, confirma le jugement rendu en première instance. Voici quelques attendus de ce jugement que nous croyons intéressant de reproduire parce qu'ils font très

(1) *Revue Algérienne et Tunisienne de législation et de jurisprudence*, année 1893, p. 158 et suiv.

(2) *Revue Algérienne et Tunisienne de législation et de jurisprudence*, année 1906, p. 348 et suiv.

bien ressortir la véritable nature juridique de l'acte d'inzal, et, partant, sa valeur au point de vue des droits qu'il confère :

« Attendu que, par acte authentique passé devant le « cadi maléki d'Alger, le 16 mai 1881, Si Abderrahman « ben Si Mohammed a institué le jeune Mustapha ben « Mohammed au rang de son propre enfant pour avoir « les mêmes droits dans la succession que ses enfants di- « rects ; attendu que le droit musulman n'autorise pas, « il est vrai, à proprement parler, d'institution d'héritiers, « mais que la doctrine malékite et hanéfite admettent « qu'au cas d'une formule pareille à celle employée dans « l'acte du 16 mai 1881, s'il existe des enfants légitimes « qui consentent à admettre le non successible au partage « de la succession, ainsi que l'a désiré le testateur, il « recevra comme une libéralité venant des dits enfants « la part à lui destinée.

« Attendu que le cadi, dans son jugement du 3 février « 1892 n'a fait que se conformer à la doctrine commune « des deux rites... »

L'arrêt de la Cour de Cassation n'est pas moins instructif à ce sujet :

« Attendu, y est-il dit, qu'en présence de cette préten- « tion de Nefissa bent Mustapha, il échet uniquement de « déterminer le caractère de l'acte du 20 avril 1894 invo- « qué par les deux mineurs Cheblaoui ; attendu qu'il est « constant tout d'abord que cet acte ne constitue pas *une* « *adoption ;* attendu que le document invoqué ne saurait « constituer, non plus, un acte les élevant au rang de fils « de Si Hamoud et de Si Ahmed ; attendu qu'un acte de « cette nature n'est pas autorisé par les coutumes indigè- « nes ; attendu que l'acte de 1894 constitue par son essence « et ses termes un legs, etc... »

Et ainsi, cet arrêt arrivait aux mêmes conclusions que la doctrine musulmane : « L'inzal est un legs. »

Mais, ce revirement ne fut pas de longue durée. L'arrêt du 1er mai 1874, quoique critiquable au point de vue de l'argumentation juridique, correspondait à des nécessités sociales trop réelles pour ne pas rallier finalement tous les suffrages. Le point de vue nouveau qu'il avait admis, à savoir que l'inzal constituait une véritable adoption et devait, par conséquent, en produire tous les effets, n'était-il pas celui au triomphe duquel un grand nombre de musulmans aspirait depuis longtemps ? Aussi, après lui, et malgré l'arrêt de la Cour de Cassation que nous avons rapporté, les bénéficiaires d'actes d'inzal, dans les cas où ils avaient des contestations avec les héritiers du défunt, n'en continuèrent-ils pas moins à en saisir la justice. Plus que jamais persuadés que ces actes constituaient vis-à-vis d'eux de véritables adoptions, ils demandaient à ce qu'ils soient interprétés par les juges dans ce sens. Du reste, peu à peu, à notre contact, les cadis étaient beaucoup revenus de leur intransigeance première ; et, en notre matière, ils avaient fini par admettre le point de vue de l'arrêt précité. C'est ainsi que les Cadis de Constantine et de Châteaudun-du-Rhumel nous ont personnellement déclaré que, de nos jours, dans leurs circonscriptions, on n'établissait plus de distinction entre un acte d'inzal et un acte d'adoption. Et cette manière de voir, à en croire nos magistrats, ne serait pas particulière à quelques mahakmas, mais générale. Au surplus, tel est l'avis exprimé par un jugement de la Chambre des Appels Musulmans d'Alger, d'une date toute récente (22 janvier 1918) (1).

Ce jugement dispose :

« Attendu que, quoiqu'il en soit du droit musulman

(1) *Bulletin des Justices de Paix de l'Afrique du Nord*, mois de juin 1918.

« islamique, les coutumes indigènes du territoire de l'Algé-
« rie, comme dans beaucoup de pays musulmans, ont con-
« servé l'adoption, non seulement pour permettre à ceux
« à qui une descendance de sang était refusée de posséder
« une descendance légale, mais même, par là, permettre
« à ceux qui avaient des enfants de leur sang d'en adopter
« d'autres ;

« Que toute la doctrine et la jurisprudence des Cadis est
« unanime sur ce point ;

« Que la Cour d'Appel l'a fixée dans plusieurs arrêts et
« l'a notamment confirmée par arrêt du 1er mai 1879.

« Attendu que cette doctrine et cette jurisprudence en-
« seignent que l'adopté a les mêmes droits dans la succes-
« sion de l'adoptant que les fils du sang et que l'adoption
« du droit musulman résulte d'un acte de volonté formel-
« lement exprimée par l'adoptant, et n'est assujettie à au-
« cune autre condition que l'âge de l'adoptant soit en rap-
« port avec celui de l'adopté.

« Attendu, etc.....

« Attendu que cette enfant a été conduite au prétoire de
« M. le cadi maleki d'Alger pour qu'il prît connaissance
« de Chaouch des conditions exprimées et, en tant que de
« besoin, de sa déclaration qu'il adoptait l'enfant à lui con-
« fiée. »

Ainsi, de l'avis même de la doctrine musulmane algérienne, l'adoption, en droit musulman, peut résulter d'un acte de volonté formellement exprimée, comme l'inzal, et elle a pour effet de reconnaître à l'adopté dans la succession de l'adoptant les mêmes droits qu'à un fils du sang. En droit musulman, c'est trop dire. Nous rectifierons de la sorte : en droit musulman algérien. Et nous dirons, en Algérie, de nos jours, l'inzal équivaut à une adoption et en produit tous les effets.

Cette formule n'est-t-elle pas trop affirmative ? Nous ne le pensons pas. Ce n'est pas à dire, pourtant, que la véritable nature juridique de l'inzal ne sera jamais remise en cause. Il est possible qu'il se produise encore quelques tentatives de ce genre, mais, elles seront rares et isolées. Car, le jugement dont nous venons de reproduire les attendus les plus significatifs semble bien devoir fixer d'une manière définitive la jurisprudence dans le sens qu'il indique ; et ce qui le donne le plus à penser, c'est qu'il se base, non plus, comme l'arrêt du 1er mai 1879, sur une interprétation de texte, mais sur l'état même de la doctrine et de la jurisprudence musulmanes algériennes.

Effets de l'adoption en Algérie :

En Algérie, d'une part, les réserves faites par le Coran au sujet de l'adoption n'étant pas observées, de l'autre, l'inzal étant considéré non plus comme un acte d'une nature juridique spéciale mais comme un véritable acte d'adoption, l'adoption qui s'est ainsi constituée produit les effets les plus complets, c'est-à-dire des effets à peu près identiques à ceux engendrés par la filiation légitime.

Ces effets sont les suivants :

1° L'adopté porte le nom de l'adoptant, et ce, malgré la défense formelle exprimée par le Coran à ce sujet. C'est ce qui résulte très nettement de l'exposé des motifs de la demande qui est reproduit dans le jugement du cadi maléki d'Alger du 4 mars 1916 (1) :

« Attendu, y est-il dit, que la demanderesse a toujours

(1) Jugement du cadi maléki d'Alger, n° 55 au registre des minutes de l'année 1916.

« porté le nom de son père adoptif et qu'elle est connue « de tous sous le nom de Fathma bent Chaouch. »

2° L'adopté est appelé à la succession de l'adoptant avec les mêmes droits qu'un enfant légitime.

Mais, l'adoption engendre-t-elle des liens de parenté entre l'adopté et les parents de l'adoptant et, à ce titre, crée-t-elle entre eux des liens de successibilité réciproque ? Nous ne le croyons pas. D'abord, les musulmans algériens eux-mêmes semblent désireux de ne pas faire produire à l'adoption un pareil effet. C'est ainsi que les tribunaux n'ont jamais été saisis de prétentions de ce genre. Au surplus, le seraient-ils ? qu'il semble bien que les juges musulmans ne les admettraient pas. Tous les cadis que nous avons consultés à ce sujet ont été unanimes à nous dire qu'ils étaient opposés à faire produire un pareil effet à l'adoption ; la production de cet effet par l'adoption, si elle était autorisée, devant provoquer une confusion regrettable entre la filiation adoptive et la légitime.

Des liens de parenté ne s'établissant pas par l'effet de l'adoption entre l'adopté et les parents de l'adoptant, l'adoption ne crée pas d'empêchements à mariage en Algérie. Sur ce point, la législation musulmane algérienne se rencontre avec la législation coranique (V. 37 du ch. XXXIII).

Observons, toutefois, qu'en fait les anciens empêchements à mariage résultant de l'adoption préislamique sont à peu près rigoureusement observés. Il y a là une question de bienséance qui n'a pas échappé aux Arabes, toujours si soucieux d'assurer la dignité de la famille.

Notons encore un effet de l'adoption auquel les traités de droit musulman ne font pas allusion et qui, dans la pratique, recevrait application. A défaut du véritable père d'une jeune fille, c'est son père adoptif qui lui servirait

de « ouali » (1). Il importe d'observer que c'est là une dérogation à la dévolution de la « oualaïa », telle qu'elle est indiquée par la majorité des auteurs malékites ; la règle de cette dévolution dans le rite malékite étant que la oualaïa appartient au parent mâle par les mâles le plus proche.

Enfin, l'adoption établit-elle une obligation alimentaire entre l'adoptant et l'adopté ? Etant donné que c'est surtout en considération de la volonté des parties que la pratique de l'adoption a été sanctionnée par la jurisprudence algérienne, il semble que ce serait se conformer encore à cette volonté que de faire produire par l'adoption un tel effet. Et pourtant, c'est ce que n'a pas admis un jugement de la justice de paix de Rabat rendu sur la matière entre deux sujets algériens (jugement du 25 septembre 1917) :

« Attendu, y est-il dit, que le demandeur n'a pas droit à « une pension alimentaire en qualité d'oncle, qu'il n'a « pas droit davantage à cette pension en qualité de père « adoptif. »

Conditions de l'adoption en Algérie.

Les conditions exigées, tant dans la personne de l'adoptant que dans celle de l'adopté, par la doctrine et la jurisprudence musulmanes algériennes, pour que l'adoption soit valable, se réduisent à une seule ; c'est qu'il y ait entre l'adoptant et l'adopté une différence d'âge qui, suivant les lois de la nature, permette à l'un d'être le père de l'autre. D'autres conditions ont été indiquées par certains auteurs comme celles que l'adopté doit

(1) Ce renseignement nous a été fourni par M. Mokhtar, avocat au Tribunal civil de Constantine. Il nous a été confirmé par plusieurs cadis d'Algérie et du Maroc.

être né de père et de mère inconnus (1) ou qu'il ne doit pas être un des héritiers au degré successible de l'adoptant (2). Mais c'est à tort. En ce qui concerne cette première condition, tout le monde est d'accord, aujourd'hui, pour dire qu'elle est inexacte, qu'elle est exigible au cas de reconnaissance de paternité ou « istilhak » et non au cas d'adoption (3). Quant à la seconde, elle est contredite par les faits eux-mêmes ; l'adoption en Algérie étant très souvent pratiquée au profit de successibles comme les neveux ou les petits-fils.

Enfin, le moment est venu de déterminer les rapports de l'inzal avec le droit de représentation. En droit musulman, le droit de représentation n'existe pas. Dans chaque classe d'acebs, c'est l'aceb le plus proche qui hérite. Si on suppose, par exemple, que la classe d'acebs appelée à une succession est celle des descendants, cette succession ne sera pas dévolue à tous les descendants, mais seulement au plus proche : au fils, par exemple, et non au petit-fils. C'est dans ce sens qu'est écrite cette tordjama de Bokhari : « Du droit de succession du fils du fils quand il n'y a pas de fils ». Zeïd a dit : « Les enfants des fils ont les mêmes droits que l'enfant quand il n'y a pas d'enfant mâle interposé entre eux et le *de cujus* ; les mâles ont les mêmes droits que les mâles, les femmes les mêmes droits que les femmes, c'est-à-dire qu'ils héritent dans les mêmes conditions et qu'ils sont évincés de la même manière. L'enfant du fils n'hérite donc pas quand il y a un fils (4) ».

Quand une règle engendre des conséquences aussi con-

---

(1) Sautayra et Cherbonneau, *Du statut personnel et des successions*, éd. de 1873, t. I, p. 336.

(2) Sautayra et Cherbonneau, *op. cit.* Voir sur cette question un jugement du cadi maléki d'Alger du 11 juillet 1863.

(3) *Revue Algérienne et Tunisienne de jurisprudence et de législation*, année 1906, p. 349, note de M. Morand.

(4) El Bokhari, *op. cit.*, t. IV, titre LXXXV, ch. VII, p. 364.

traires aux lois sentimentales de la nature, elle ne peut être que difficilement suivie. A la mort du père, en effet, n'est-il pas tout naturel que le petit-fils prenne dans l'affection de l'aïeul la place qu'y occupait son père ? Et la conséquence logique de cette dévolution d'affection n'est-elle pas que le petit-fils prenne aussi la part de succession destinée à son auteur ? Aussi, dès les premiers siècles de l'Islam, les musulmans s'efforcèrent-ils d'échapper à l'application de cette règle. Ils y parvinrent au moyen de l'inzal.

Comme il avait servi aux gens que la législation coranique de l'adoption gênait, l'inzal servit à ceux qui trouvaient incompatible avec leurs sentiments propres l'absence de représentation dans les règles successorales du Coran. En les autorisant, en effet, à élever au rang de fils un ou des petits-fils nés d'un fils prédécédé, l'inzal leur permettait de donner libre cours à leurs sentiments. Et encore, cela n'était-il vrai que dans une certaine mesure, car, l'inzal étant considéré comme un testament, les fils ou autres héritiers du défunt avaient toujours le droit d'exiger que le ou les bénéficiaires de cette disposition soient traités comme légataires, et ne puissent rien réclamer au delà du tiers disponible.

En Algérie, de nos jours, l'inzal faisant office d'adoption et en produisant tous les effets, il convient de dire que c'est au moyen de l'adoption qu'il est remédié à l'absence de représentation. C'est en adoptant ses petits-fils que le grand-père les fera venir à sa succession à la place de son fils prédécédé, sans avoir à redouter, comme autrefois, une limitation possible de leur part héréditaire. A première vue, cela semble assez étrange. Mais, si l'on réfléchit que le droit de représentation est basé sur cette observation que l'aïeul reporte sur ses petits-fils l'affection qu'il avait pour son fils et qu'il acquiert pour eux des sentiments égaux à ceux d'un véritable père, cela s'ex-

plique. Adopter, n'est-ce pas manifester tous les sentiments de la paternité envers des individus auxquels ni la nature ni la loi ne reconnaissent la qualité de fils ? Ce qui est le cas des petits-fils.

CHAPITRE II

L'INZAL EN TUNISIE ET AU MAROC

L'Inzal en Tunisie et au Maroc

L'inzal est également très répandu en Tunisie et au Maroc. Dans ces pays où les institutions se sont conservées beaucoup plus pures qu'en Algérie, il est pratiqué encore de nos jours suivant sa conception traditionnelle. L'intransigeance des docteurs musulmans, pour des raisons d'organisation politique, n'a pas eu à y subir les mêmes assauts qu'en Algérie ; et les principes s'y sont toujours transmis pour ainsi dire intacts. Ainsi s'est maintenu le principe que l'inzal n'est qu'un testament d'une rédaction commode pour satisfaire les aspirations sentimentales d'un très grand nombre. Les conséquences d'un tel principe, nous les connaissons : si la part revenant au bénéficiaire de l'inzal est supérieure au tiers des biens du disposant, elle doit être réduite à ce tiers, à moins que les héritiers de ce dernier ne consentent à l'exécution de l'inzal pour la quotité excédant le tiers, auquel cas ce consentement s'analyse en une donation.

Mais, si l'inzal, dans ces pays, a échappé à toute influence, s'il n'a pas évolué, comme en Algérie, au point de devenir une véritable adoption, quels sont ses rapports avec cette dernière institution ?

Notons, tout d'abord, que, dans ces pays, il y a beaucoup « d'adoptions de fait ». En Tunisie, de semblables adoptions ont souvent été constatées (1). Pour le Maroc, nous avons des observations personnelles. Que de fois, au cours de nos tournées, sous la nouala du felah, comme dans le dar el caïd, des pères ne nous ont-ils pas présenté leurs fils adoptifs, leur r'bibi ! Il arrive même souvent qu'au moyen de ces sortes d'adoption, de véritables échanges d'enfants s'opèrent ainsi entre tribus très éloignées. A ce sujet, voici l'observation personnelle qu'il nous a été donné de recueillir. Il y a environ deux siècles, une fraction de l'importante tribu des F'tnassa en Doukkala, battue par la tribu des Beni Ameur alla chercher refuge chez les Rehamna, gens d'une autre tribu, avec lesquels elle se fusionna. Depuis lors, des relations d'amitié se sont toujours maintenues très vives entre les éléments F'tnassia restés en Doukkala et les Rahamnia. Chaque année, des enfants sont donnés et pris en adoption réciproquement par des gens de l'un et l'autre groupement, de même que des mariages sont célébrés entre les gens de ces deux groupements, quoi qu'ils soient éloignés de plus de cent cinquante kilomètres. Enfin, la pratique qui consiste, à la mort d'un frère, à épouser la veuve et à adopter les neveux a été également constatée au Maroc (2).

Quels sont les effets juridiques produits par ces adoptions de fait ? En principe, ils n'en produisent aucun.

---

(1) Renseignement donné par M. Clermont, professeur au Lycée Carnot, à Tunis.

(2) Doutté, *op. cit.*

Mais, en fait, ces adoptions s'accompagnent toujours d'un acte de t'nzil qui, nous le savons, supplée, dans une mesure qui n'est pas négligeable, à l'absence d'adoption légale.

Du reste, cette fonction de l'inzal est officiellement reconnue par les auteurs.

« De nos jours, écrit l'iman Abd Ul Hamid ben Badis, ex-élève de la Djamaa Zitouna de Tunis, ce qui remplace l'adoption, c'est l'inzal, remarque étant faite que l'inzal est un testament. » (1).

Si El Mahdi El Ouazzani dispose dans le M'iayar El Djedid : « Comme l'a dit le cadi El Mayathi, le t'nzil est un testament et en produit tous les effets. De même que le t'nzil peut être fait au profit des petits-fils, il peut être fait au profit d'autres gens, comme *le fils adoptif*. » Et il ajoute : « Abou Abdallah, le constantinois, rapportant à ce sujet les paroles d'Ibn Chass, a dit : « Si le *de cujus* a écrit dans son testament « un tel est héritier avec mon fils » ou « il est du nombre de mes fils », ou bien « faites-le participer à mon héritage », ou encore « faites-le hériter dans ma succession », si d'autre part, le *de cujus* a un petit-fils dont le père est mort et qu'il ait écrit dans son testament : « faites-le hériter comme son père », dans tous ces cas, si les enfants sont au nombre de deux, le légataire doit être considéré comme le troisième, s'ils sont au nombre de trois, comme le quatrième, s'ils sont au nombre de quatre, comme le cinquième. S'il y a trois héritiers du sexe masculin et trois du sexe féminin, il est considéré comme quatrième héritier mâle, et, dans ce cas, si le legs est fait en faveur d'une femme, elle est considérée comme quatrième héritière du sexe féminin. »

---

(1) Cette opinion est celle de ses anciens professeurs, le cheikh Mohamed El Tahar ben Achour et le cheikh Mohamed ben Youssef.

Le cadi El Mesnaoui des Oulad Bou Z'rara (1) (Doukkala), après avoir indiqué que les versets du Coran équivalent à une véritable abrogation de l'adoption, ajoute : « Cependant, l'adoptant peut faire participer son fils adoptif à sa succession par un acte de t'nzil, en s'exprimant ainsi : « Je substitue un tel à mon fils ». Le fils adoptif a droit alors à la part de l'héritier qu'il représente, après la mort de l'adoptant. Mais, cette part ne doit jamais dépasser le tiers. Toute portion excédant le tiers ne pourra lui être accordée que par ratification des héritiers, car, le t'nzil entre dans le chapitre des testaments, ainsi qu'en ont décidé tous les docteurs du rite malékite. »

Le cadi Si Bouchaïb des Aounat (2) (Doukkala) dispose sur la même question : « L'application de l'adoption dans l'Islam, c'est la « ouacia » (le testament) ; il faut cependant respecter l'origine de l'adoptant et de l'adopté (3), et sous cette forme, l'adoption est admise ; elle est alors appelée « t'nzil », ou acte de substitution, lequel est, d'ailleurs, largement connu et commenté par les jurisconsultes. »

De toutes ces citations, il résulte que l'inzal joue au Maroc et en Tunisie son rôle traditionnel qui est de suppléer à l'absence d'adoption et de représentation.

Enfin, détail particulier au Maroc, l'adoption s'y exerce beaucoup au profit des affranchis.

---

(1) V. fatwa du cadi El Mesnaoui, *op. cit.*

(2) V. fatwa du cadi Si Bouchaïb, *op. cit.*

(3) Par cette formule, ce magistrat entend qu'il ne faut pas prendre à la lettre la fiction que l'adopté est le fils de l'adoptant, le « mélange de sang entre familles » étant repoussé par Dieu ; idée déjà vue dans notre deuxième partie.

CHAPITRE III

L'ADOPTION EN PAYS BERBÈRE

L'adoption en pays berbère

L'adoption existe en pays berbère, mais elle est rare.

Voici comment elle fonctionne chez les Kabyles.

On distingue suivant qu'elle est pure et simple ou conditionnelle (cherouti).

Les règles auxquelles est soumise l'adoption pure et simple sont les suivantes :

Aucune condition d'âge n'est imposée à l'adoptant. Il doit seulement être majeur et moins jeune que l'adopté. Le fait qu'il ait déjà des enfants légitimes n'est pas un obstacle à l'adoption (1).

Le consentement de l'adopté, s'il est majeur, de son père ou de son tuteur, s'il est mineur, est expressément exigé (2).

---

(1) HANOTEAU et LETOURNEUX, *La Kabylie et les coutumes kabyles*, t. II, titre VI, p. 184.

(2) HANOTEAU et LETOURNEUX, *op. cit.*, p. 189.

La femme étant toujours en tutelle ne saurait adopter un enfant.

L'adoption pure et simple ne produit que des effets restreints, seulement dans les rapports entre l'adoptant et l'adopté.

Elle fait entrer l'adopté dans la famille de l'adoptant auquel passent tous les pouvoirs de la puissance paternelle. Mais, l'adopté ne perd aucun des droits successifs dans sa famille naturelle (1).

Elle ne crée aucun lien de sang entre les parents ou les alliés de l'adoptant et de l'adopté qui peut épouser la fille ou même la femme veuve ou répudiée de l'adoptant.

L'adopté est admis à la succession de l'adoptant, mais il ne peut jamais hériter de plus du tiers des biens de son père adoptif (2).

En cas de décès de l'adopté, ce sont ses parents naturels qui héritent de lui.

Les formes de l'adoption sont des plus simples. Elle a lieu devant la djemaa assemblée en présence d'un marabout qui récite la fath'a et quelquefois en dresse acte.

L'adoptant prononce la formule suivante : « Je prends un tel pour enfant » (ebbouir dfelani d'emmi).

L'adopté, s'il est majeur, ou son représentant légal, s'il est mineur, répond : « J'accepte » (k'ebeler) (3).

L'adoption conditionnelle est régie par les clauses qu'il plaît à l'adoptant d'établir.

En cas d'adoption conditionnelle, les clauses fixées par l'adoptant sont déclarées par lui en présence de la dje-

(1) Hanoteau et Letourneux, *op. cit.*, p. 190.

(2) Hanoteau et Letourneux, *op. cit.*, p. 190.

(3) Hanoteau et Letourneux, *op. cit.*, p. 190.

maa et du marabout et doivent être formellement acceptées par l'adopté en son nom.

Une des clauses les plus ordinairement stipulées par l'adoptant est que les biens provenant de la succession feront retour à sa famille lors du décès de l'adopté (1).

Il existe en Kabylie une institution particulière : l'asrimi. Elle consiste à « faire asseoir » un parent ou un étranger aux lieu et place d'un parent disparu. A Tizi-Ouzou, par exemple, quand un grand-père perd un enfant, presque toujours, au cimetière, après l'inhumation, il déclare asseoir un ou plusieurs de ses petits enfants aux lieu et place de l'enfant décédé avec les mêmes droits de succession que ce dernier (2). La coutume kabyle, en effet, n'admet pas la représentation comme la loi française.

Quel que soit le nombre des petits-fils compris dans l'asrimi, ils ne peuvent jamais absorber plus d'une part d'enfant qui se divise également entre eux.

L'asrimi au profit d'un étranger ne fait pas de celui-ci un héritier, mais simplement un légataire de la partie disponible de la succession.

En réalité, l'asrimi n'a pas de conséquence au point de vue de la filiation et ne fait pas sortir celui qui en bénéficie de sa famille pour entrer dans celle de celui qui a prononcé l'asrimi (3).

Il est regrettable que nous n'ayons pas pu nous livrer à une enquête personnelle sur l'asrimi. D'après les descriptions qu'en donnent MM. Hanoteau et Letourneux, dans leur ouvrage sur la Kabylie, et M. Morand, à son cours, cette institution ne nous semble être guère autre chose que l'inzal adapté aux usages kabyles. Si cette re-

(1) Hanoteau et Letourneux, *op. cit.*, p. 190.
(2) Morand, Cours. ... Hanoteau et Letourneux, *op. cit.*, p. 191.
(3) Morand, Cours.

marque était exacte, elle prouverait que l'islamisation des Berbères de la Kabylie serait beaucoup plus profonde qu'on a prétendu, puisqu'on en retrouverait des traces jusque dans une institution d'un caractère aussi particulier que celui de l'asrimi. En tout cas, ce qui donne beaucoup de valeur à cette remarque, c'est que, d'une part, la Kabylie confine aux régions du Maghreb où l'usage de l'inzal est le plus répandu, que, de l'autre, il n'a rien été trouvé de correspondant à l'asrimi chez les populations berbères du Maroc (1) où l'inzal est d'un emploi moins fréquent chez les Arabes qu'en Algérie.

Voici maintenant les renseignements qui ont été recueillis jusqu'ici au sujet de l'adoption chez les tribus berbères du Maroc. Pour être plus exacts, notons que ces renseignements sont particuliers à la tribu des Aït N'dhir, une des plus considérables du Moyen Atlas.

D'après M. Bruno, Commissaire du Gouvernement près les Juridictions Chérifiennes à Rabat, il n'existe pas d'adoption proprement dite chez les tribus berbères du Maroc, de même qu'il n'y a pas de trace d'institution analogue à celle de l'asrimi. Il y a bien une situation de fait qui semble se rapprocher de l'adoption, mais ce n'est pas à proprement parler l'adoption.

Un amazigh peut bien prendre chez lui un orphelin, l'élever, le considérer comme un de ses enfants. Mais, à aucun titre, il ne peut le faire concourir à sa succession ; l'orphelin est dit agujil amhaz, c'est-à-dire orphelin. L'institution est connue sous le nom de ambaz.

Celui sous la dépendance duquel se trouve l'orphelin, le marie généralement, dès qu'il a atteint la puberté, à une de ses filles, moyennant afig. Quelquefois, aussi, il lui

(1) M. Bruno, Commissaire du Gouvernement près les Juridictions Chérifiennes. Cours professé à l'Ecole des langues arabe et berbère de Rabat.

donne sa fille en union libre ; les enfants issus de cette union lui appartiennent.

L'agujil est généralement employé aux soins de la tente, il fait partie de la famille, mais, à aucun titre, il ne peut concourir à la succession de celui qui l'a adopté. S'il a amassé quelque pécule, ses biens deviennent, après sa mort, la propriété de celui qui l'a pris, de celui dont il est l'agujil amhaz.

En outre, d'après des renseignements dûs à M. Abbès, interprète de langue kabyle au Secrétariat Général Chérifien à Rabat, le fait par un orphelin d'avoir été recueilli par un amazigh lui donne droit, à sa puberté, de revendiquer une part des terres collectives de la tribu à laquelle compte l'amazigh, mais, en revanche, lui impose le devoir de combattre aux côtés des membres de la tribu en cas de guerre.

CHAPITRE IV

LA TA'ABBI

LA TA'ABBI [1]

C'est une institution très originale et dont il n'est pas à notre connaissance qu'elle ait jamais été indiquée dans aucun ouvrage de droit musulman. Si nous avons cru devoir la comprendre dans le cadre de cette étude, c'est qu'elle a avec l'adoption les rapports les plus étroits. C'est si l'on peut dire une adoption à rebours. Elle est comprise, est organisée, fonctionne suivant la même conception que l'adoption. Comme elle, elle sert à créer entre deux personnes des relations calquées sur celles engendrées par la parenté naturelle, et, comme elle, elle repose sur une fiction. C'est dire qu'elle produit les mêmes effets et emploie les mêmes moyens. Mais, tandis qu'en principe l'adoption intervient lorsqu'un individu éprouve pour un autre les mêmes sentiments que celui-ci lui inspirerait s'il était

(1) Nous tenons les détails qu'on va lire, d'une part de l'iman Ben Badis, de l'autre de l'ex-moudaress de l'école coranique de la Djamaa El Kbir à Constantine Si Hamdan ben El Ouniss.

son fils, c'est lorsqu'un individu ressent pour un autre la même respectueuse affection que pour un véritable père qu'il exerce la ta'abbi. Si, donc, ces deux institutions se différencient, c'est dans l'ordre des sentiments naturels qu'elles copient. Adopter, c'est se donner un fils. Exercer la ta'abbi, c'est se donner un père. Ce disant, nous venons de donner la meilleure traduction qu'il se puisse de ce mot.

Ainsi donc, le but de la ta'abbi est de donner un père à celui qui n'en a plus. Voici dans quelles circonstances la ta'abbi est ordinairement pratiquée. Un enfant perd son père. Le voilà frappé dans sa plus chère affection et le voilà également privé de son soutien le plus sûr. Va-t-il désormais rester livré à lui-même, sans conseils, sans direction, sans aide ? C'est qu'en effet l'organisation familiale et sociale des Arabes obéit à des principes tels qu'ils font à l'orphelin une situation des plus précaires. Si l'orphelin a encore sa mère, il ne trouve en elle aucun secours. Alors qu'en pareil cas, dans nos sociétés, le rôle de la mère s'amplifie et prend une valeur telle qu'elle lui permet de remplir toutes les obligations du père, celui de la mère arabe, surtout dans une famille un peu aisée, n'est susceptible d'aucun développement. Des règles comme celles qui font à la femme un devoir d'éviter l'approche des hommes et de vivre cloîtrée rendent sans emploi les meilleures volontés, les initiatives les plus dévouées.

Aussi, est-on amené à penser que, dans la société arabe, la protection morale de l'orphelin est assurée par la loi. Mais, dans cet ordre d'idées, la déception surgit vite. N'est-ce pas, en effet, un des principes fondamentaux de la tutelle qu'elle organise la protection des biens du mineur sans se soucier de la protection de sa personne ! (1) Qui

(1) MORAND, *Etudes de Droit musulman*, p. 136.

donc sera chargé d'assurer cette dernière ? Le hadina, quand l'enfant sera en bas âge, mais, si l'enfant a besoin d'une surveillance éclairée et attentive, c'est pendant son adolescence. Or, aucune disposition légale ne pourvoit à la lui garantir durant cette période de sa vie. Quand il y a de telles insuffisances dans une législation, il est rare qu'il n'y soit pas suppléé par la coutume. Aussi bien, en l'espèce, la coutume a-t-elle joué son rôle traditionnel de complément et est-elle intervenue sous la forme de la ta'abbi.

La destination de la ta'abbi et son caractère coutumier ainsi déterminés, voyons maintenant comment elle fonctionne.

Sauf qu'elle a une destination différente de celle de l'adoption, rappelons que ses règles sont les mêmes que celles de cette institution. Tout ce qui vient d'être écrit à propos de l'adoption peut donc s'appliquer à elle *mutatis mutandis*. Aussi, est-ce moins le fonctionnement proprement dit de la ta'abbi que nous allons étudier que noter certains détails qui tiennent à son origine coutumière et à son but.

D'après des témoignages nombreux, c'est généralement sur un parent ou un ami de la famille que se porte le choix de l'enfant qui veut se donner un père. C'est le plus souvent même, parce que, du vivant de son père, un de ses parents ou de ses proches lui aura manifesté une attention particulière que l'enfant songera à s'adresser à lui, quand il voudra exercer la ta'abbi. Ainsi, il ne s'exposera pas à un refus. D'autre part, repousser les avances d'un enfant en vue d'une proposition de ta'abbi, c'est encourir le mépris public. Or, en s'adressant à un tiers, l'enfant risquera de le mettre dans l'alternative embarrassante ou d'accepter de mauvaise grâce les charges de la ta'abbi ou de les écarter et entâcher sa réputation. Aussi est-il de règle que la ta'abbi ne soit jamais proposée direc-

tement et publiquement par l'enfant à un étranger de la famille. Dans ce cas, c'est toujours par l'intermédiaire d'un parent ou d'un ami commun que la proposition est faite. Au contraire, c'est en présence de la famille réunie et de ses amis, généralement au cimetière ou lorsque, après les funérailles, les tolba viennent réciter les versets du Coran dans la maison mortuaire, que l'enfant offre la ta'abbi au parent ou à l'ami vers lequel ses sentiments l'attirent. D'où il résulte que la ta'abbi se présente le plus souvent sous la forme d'un contrat solennel, ce mot n'étant pas pris dans le sens strict qu'il a dans notre droit, mais invoquant seulement l'idée d'un contrat conclu avec une certaine publicité et un certain cérémonial, sans que l'absence de ces deux conditions en entraîne la nullité. C'est un point sur lequel elle se différencie avec l'adoption.

Celui qui se donne un père est dit le mouta'abbi ; c'est lui qui joue l'action. Celui qui accepte de servir de père à un autre est dit le mouta'abba.

Il va sans dire que le mouta'abba sera toujours plus âgé que le mouta'abbi. Ainsi l'exige la destination même de l'institution. Cependant, il est à noter qu'aucune règle ne fixe une différence d'âge minima ou maxima entre eux. Cette particularité mise à part, les conditions requises en la personne du mouta'abbi et du mouta'abba pour que la ta'abbi soit valable sont les mêmes que celles énoncées à propos de l'adoption.

En revanche, où il est naturel que la ta'abbi et l'adoption s'opposent, c'est dans ceux de leurs effets qui se rattachent à leur but. Tandis qu'en principe le but de l'adoption est de créer entre l'adoptant et l'adopté des rapports de droit analogues à ceux engendrés par la filiation, celui de la ta'abbi est de créer entre le mouta'abbi et le mouta'abba des rapports similaires à ceux résultant de la paternité.

Mais, si l'on remarque que, d'une part, la loi assure la protection des biens du mineur et que, d'autre part, elle détermine à l'avance la dévolution de certains droits attachés à la personne comme celui de djabr ou d'émancipation, il s'ensuit que les droits attribués au mouta'abba par la ta'abbi sont parmi les moins importants de ceux résultant de la paternité. Il n'est même pas exagéré de dire que ces droits se résument en un seul, celui d'éducation. En principe, la ta'abbi attribue bien le droit de correction au mouta'abba, mais, elle engendre entre ce dernier et le mouta'abbi des rapports d'un caractère d'affection tel que le mouta'abba n'aura pas l'occasion d'en faire usage. Attribuer au mouta'abba la surveillance de l'éducation du mouta'abbi, tel est donc l'effet principal produit par la ta'abbi.

L'importance de cet effet n'est, du reste, pas à dédaigner. Ce n'est pas trop dire que l'avenir du mouta'abbi dépend de l'attention que lui prêtera le mouta'abba. N'est-ce pas, en effet, en se recommandant de son droit d'éducation que le mouta'abba prendra les décisions les plus graves comme celles de savoir jusqu'à quel âge le mouta'abbi poursuivra ses études, s'il lui fera apprendre un métier ou s'il lui assurera les avantages d'une profession libérale. C'est encore lui qui, à propos des actes difficiles de la vie, l'aidera de ses conseils, jugera, par exemple, de l'opportunité de son mariage, etc... Autant de cas dans lesquels s'affirme le rôle de protection morale de la ta'abbi.

Si le mouta'abba aide et soutient le mouta'abbi avec la même conscience que le père qu'il remplace, en revanche, le mouta'abbi reporte sur le mouta'abba l'affection qu'il avait pour son père. Il lui manifeste un respect égal à celui qu'inspire un véritable père, lui témoigne les mêmes égards, tient compte de ses conseils avec la même soumission. Extérieurement, il lui marque la déférence que les règles de la bienséance chez les musulmans établis-

sent entre fils et père : il ne fume pas devant lui, évite de fréquenter le même établissement public, n'entre jamais dans le même cercle de causeurs ou de joueurs.

Enfin, il arrive que le mouta'abbi manifeste sa reconnaissance au mouta'abba en faisant un acte d'inzal à son profit. Mais, c'est plutôt rare. Le mouta'abba étant plus âgé que le mouta'abbi, il est dans l'ordre naturel des choses qu'il meure avant lui, et ainsi l'emploi de l'inzal laisse inopérante la volonté de son auteur. Aussi, est-il d'usage, en pareil cas, que le mouta'abbi recoure à une « hiba », ou, s'il a des motifs de tenir cachée sa libération, au « toulidj » ou contrat de donation déguisé, beaucoup plus propre à réaliser sa volonté.

Cette institution est une de celles qui font le mieux apparaître la richesse et l'originalité de la vie sentimentale au sein de la famille arabe. Principalement, parce qu'ils extériorisent moins leurs pensées et leurs impressions, et que la femme joue un rôle secondaire dans leur organisation familiale, il est d'opinion courante que les Arabes font une place beaucoup moins grande à l'expression des sentiments dans leurs rapports domestiques que les Occidentaux. L'existence d'une institution comme la ta'abbi suffirait seule à prouver que c'est là une idée préconçue.

CONCLUSION

ROLE SOCIAL DE L'ADOPTION

Rôle social de l'adoption

L'adoption a sa place marquée dans les législations de tous les pays, mais celle qu'elle occupe dans la société arabe est notamment considérable.

On a longtemps conclu du caractère religieux du droit musulman à son immutabilité. Pour les Musulmans, la loi étant d'origine divine est, par essence, imperfectible. Sous peine d'admettre que l'homme puisse modifier l'œuvre de son maître — ce qui serait d'une monstrueuse impiété — cette déduction doit apparaître aux croyants comme un principe d'éternelle vérité. « L'Islamisme, écrit à ce sujet M. Lambert (1), constitue un milieu favorable pour l'observation des mouvements extra législatifs du

(1) LAMBERT, *Etudes de Droit commun législatif ou de Droit civil comparé.* Introduction : « La fonction du droit civil comparé. » Paris, 1903, 283 et 39.

droit. Le maintien indéfini du lien de dépendance rattachant le droit à la religion y a créé un obstacle invincible à la constitution de cet organe particulier de production des normes juridiques : la législation. La conception d'une aptitude naturelle, soit du souverain, soit de la collectivité, à abroger ou transformer officiellement les règles du droit existant par des actes volontaires ou raisonnés ne s'y est jamais acclimaté ». Mais, pour être conforme à la logique, ce raisonnement n'en est pas moins démenti par l'étude même du droit musulman. Les exemples de règles formulées par le Prophète qui sont tombées en désuétude ou que les docteurs ont tournées par des subtilités juridiques sont nombreux. Non pas que ces derniers se soient jamais insurgés ouvertement contre l'application d'une prescription coranique, mais chaque fois qu'une de ces prescriptions leur est apparue comme étant inconciliable avec les nécessités sociales de leur époque, ils ont toujours su s'y soustraire avec beaucoup d'ingéniosité. En pareille circonstance, c'est dans l'utilisation remarquable des institutions parallèles à celle supprimée ou négligée par le Prophète, qu'ils sont parvenus à concilier les révélations du Livre Saint avec les exigences sociales ou économiques à satisfaire. Mais jamais ils n'ont innové. C'eût été ajouter à l'œuvre divine et par conséquent la mettre en discussion. Et ainsi, pour avoir été enveloppées de subtilités juridiques et adroitement dissimulées sous des formes ayant toutes les apparences de la légalité, les transformations de la loi religieuse n'en sont pas moins certaines et nombreuses dans le droit musulman.

L'étude de l'adoption est une de celles qui font le mieux ressortir le lent et judicieux travail de transformation, ici, d'exhumation — c'est le mot — dont ont été l'objet nombre d'institutions du droit musulman. Comment les jurisconsultes ont utilisé le testament pour, en quelque

sorte, relever, redresser, réinstaurer sur une nouvelle base l'adoption sapée dans ses fondements par le Prophète, ce fut l'une des partie de cette étude qui a le plus longuement attiré notre attention.

Mais, si les docteurs ont déployé une si prodigieuse activité à revivifier l'adoption, c'est qu'elle correspondait à des besoins très précis et très divers de la société arabe.

Définir le rôle social de l'adoption, c'est par là même définir ces besoins, puisque aussi bien ce rôle est de les satisfaire.

Et ainsi, nous sommes amenés à l'objet de ce chapitre.

Le principal besoin auquel correspond l'adoption dans la société arabe est d'obvier au défaut d'œuvres de charité à caractère public. Quoique l'esprit de solidarité soit très développé chez les arabes, ils ne se sont jamais élevés à la notion d'œuvres de secours et de protection sociale organisées et réalisées par l'Etat. Il n'y a rien de correspondant à nos lois françaises d'assistance dans la législation musulmane. C'est ainsi qu'aucune disposition légale n'assure la protection matérielle et morale des enfants abandonnés. Et pourtant, le sort de ces derniers n'est pas sans avoir attiré l'attention du législateur. Appréciant à leur juste valeur les ressources de la charité privée dans la société arabe, il s'en est remis aux particuliers du soin de recueillir et d'élever les enfants abandonnés. Ce à quoi s'est borné son rôle, c'est d'avoir discerné dans l'adoption l'institution la plus propre à intéresser cette charité, et, dans ce but, de l'avoir revivifiée. Pour que la personne qui recueille l'enfant ne se borne pas à lui donner ses soins, en passant, mais, s'y attache et poursuive son œuvre charitable jusqu'au bout, il faut lui donner l'assurance que si, un jour, elle acquiert pour cet enfant les véritables sentiments d'un père, elle pourra le faire pro-

filer de tous les avantages attachés à la filiation légitime. Telle est la destination de l'adoption musulmane. Voilà pourquoi on peut dire d'elle qu'elle est avant tout une œuvre de bienfaisance, de charité. Son principal but est de soustraire aux dangers de l'abandon les orphelins qui n'ont plus de parents ou que leurs parents, faute de ressources, ne peuvent recueillir. Ne remplirait-elle que ce but, que l'adoption, telle qu'elle s'est conservée de nos jours, ne peut être qu'agréable à Dieu ? Cette idée que l'assistance aux orphelins est une des actions humaines les plus recommandables, ne la retrouve-t-on pas un peu partout dans les prédications, les écrits, les entretiens du Prophète avec ses familiers ? Sahl ben Sad rapporte que le Prophète a dit : « Dans le paradis, moi et celui qui aura pris à sa charge un orphelin nous serons comme ceci. Et, ajoute Sahl, il montrait ses deux doigts : l'index et le médius » (1). Ammar a dit : « Il est trois choses qui, réunies chez la même personne, constituent la foi complète : S'imposer le devoir d'être juste, prodiguer à tout le monde le salut, subvenir à l'entretien d'autrui quand soi-même on est pauvre » (2).

Un autre rôle de l'adoption musulmane qui lui est beaucoup plus particulier est de servir à conserver l'unité de la famille. Pour des raisons qu'il ne nous appartient pas de déterminer ici, la société arabe n'a jamais dépassé le stade du clan familial. A cette étape des sociétés, écrit M. Morand (3), elles se présentent sous l'aspect, non pas de groupements d'individus, mais d'agrégation de familles. Dans une telle organisation, l'individu n'est rien, la famille est tout. C'est elle qui constitue la véritable unité politique et sociale. Elle y atteint une importance telle que

(1) El Bokhari, *op. cit.*, t. IV, ch. 24, p. 148.
(2) El Bokhari, *op. cit.*, t. I, ch. XIV, p. 14.
(3) Morand, *Etudes de Droit musulman*, p. 1.

son émiettement ou sa désagrégation sont considérés comme une calamité publique. Or, l'adoption s'est tôt présentée, dans la pratique, comme étant un des moyens les plus propres à en maintenir l'unité. Voici dans quelles conditions. A la tête de chaque famille se trouve placé un chef. C'est généralement par sa mort que se consomme la ruine de la famille. En effet, privée de son meilleur soutien, de celui qui assure et défend la vie de ses membres, la famille ne tarde pas à péricliter quand elle ne s'éteint pas. Donner à la famille, qui en est privée, un nouveau chef, c'est écarter la menace de désagrégation dont elle est l'objet. C'est ici que se place l'intervention de l'adoption. Voici dans quel cas. Il est d'usage, en pays musulman, lorsqu'un chef de famille meurt, que son frère épouse sa veuve et adopte ses enfants. Et ainsi, par ce double acte juridique, d'une part, le mariage, de l'autre, l'adoption, se trouve reconstituée l'unité d'une famille prête à se dissoudre. Le mariage place tout naturellement le nouvel époux à la tête de la famille ; l'adoption, elle, en faisant entrer d'ores et déjà dans la famille renouvelée les enfants de son premier chef au même rang que ceux à naître de la nouvelle union, contribue à en maintenir l'unité. Elle sert, de la sorte, à éviter les inconvénients si multiples de la présence d'enfants de lit différent sous le même toit ; et, en outre, elle est une perspective encourageante pour la mère qui, certaine que cette nouvelle union assurera non seulement son avenir mais aussi celui de ses enfants, s'y engagera avec beaucoup plus de confiance et de sécurité.

L'adoption sert, d'autre part, à remplacer la représentation qui, en droit musulman, n'existe pas. Ce fût une des réformes coraniques les plus opportunes que d'asseoir la famille sur une base plus rationnelle et surtout plus conforme aux indications de la nature que celle sur laquelle elle reposait aux temps antéislamiques. Alors qu'a-

vant la venue du Prophète l'organisation de la famille arabe n'était inspirée que par des considérations militaires, c'est en tenant compte de l'ordre présumé des affections nées de la parenté que Mahomet posa les assises de la nouvelle famille islamique. Mais, ses réformes sur ce point manquèrent de modération et, une fois le principe posé de cette conception nouvelle, il le poussa jusque dans ses conséquences les plus extrêmes. C'est ainsi qu'il n'admît pas qu'on puisse avoir pour un étranger les sentiments d'un père, pas plus qu'il n'acceptât que le grand-père puisse avoir pour ses petits-enfants l'affection de leur père. De là vient qu'il mutila l'adoption et n'introduisit pas la représentation dans son système successoral ; ces deux institutions partant du même esprit, toutes deux trouvant leur inspiration dans la manifestation de sentiments qui ne sont pas inscrits naturellement dans le cœur de l'homme. Mais, ces deux institutions, quelque contraires qu'elles fussent à l'esprit du Livre Saint, avaient leur place nécessaire dans l'organisation sociale. C'est ce que comprirent les jurisconsultes arabes aux époques où se fit sentir le besoin de rendre licite leur pratique. Aussi, arrivèrent-ils à concilier juridiquement la survivance de l'adoption avec la révélation des versets 4, 5 et 7 du chapitre XXXIII, et à s'en servir pour remédier à l'absence de droit de représentation, ainsi que nous l'avons vu.

L'adoption permet aussi, en pays musulman, d'éviter la honte qui, chez les Arabes, s'attache à ceux qui n'ont pas d'enfants. Chez aucun autre peuple, le sens de la paternité n'est peut-être aussi développé que chez le peuple arabe. Pour lui, c'est un devoir sacré que de procréer : « Mariez-vous à l'envi ; procréez continûment » (1). a dit le Prophète. Au gré de Dieu, la communauté arabe n'est

(1) El Bokhâri, *op. cit.*, t. III, p. 544 et 545.

jamais assez riche d'enfants. Du respect religieux qu'inspire cette idée chez les gens du peuple est né par contre un réel mépris pour ceux qui, en âge d'avoir des enfants, en sont privés. Un ridicule de mauvais aloi s'attache à eux. Dans la rue ou en public, on les regarde un peu du même air railleur que chez nous les maris trompés. De nombreux proverbes se transmettent sur leur compte. De la femme qui n'a pas d'enfants, on dit : « La femme sans enfants est comme une tente sans piquets », et de l'homme « Celui qui n'a pas d'enfants à élever, élève un gros veau. » L'adoption, en faisant asseoir un enfant au foyer de celui qui en est privé, dissipe tout esprit de malveillance.

Enfin, l'adoption, chez les Arabes, joue son rôle traditionnel. Elle permet à ceux que la nature en a privées de se donner les joies de la paternité, et, par contre coup, d'éviter l'extinction des familles.

Pour se manifester sous une autre forme que chez nous, l'amour paternel n'en est pas moins très développé chez les Arabes. Dans l'ordre des sentiments familiaux, il est celui qui prime. Comparée à la place qu'il occupe au sein de la famille arabe, celle de l'amour conjugal est insignifiante. Dans ces conditions, il n'y a rien d'étonnant à ce que l'adoption soit très répandue en pays musulman. Rares sont les hommes auxquels la nature a refusé les satisfactions de la paternité qui n'essaient d'en trouver l'équivalent dans les liens de l'adoption. Pour les en détourner, il n'a pas suffi que le Prophète en condamnât le principe. Maintenue au rang des institutions légales au moyen d'une formule de conciliation ingénieuse, comme en Tunisie et au Maroc, ou franchement réinstaurée par les mœurs, comme en Algérie, l'adoption n'en a pas moins continué à être très largement pratiquée. Et pourtant cette remarque ne s'applique que dans une

mesure moindre au Maroc. De tous les pays maugrebins, c'est celui où les traditions islamiques se sont conservées les plus pures. Que les conséquences d'un tel état d'esprit se fassent sentir jusque dans l'adoption, cela n'a rien qui surprenne. Et, en fait, il est remarquable que cette institution jouit d'une faveur moindre au Maroc qu'en Algérie et Tunisie. Ce n'est même pas trop dire que dans ce pays, parmi certains lettrés, elle a ses détracteurs. A son sujet, les proverbes suivants sont souvent cités dans la conversation : « Celui qui élève les enfants des autres est comme celui qui élève une maison sans fondations. » Et encore : « L'enfant est à son père comme l'abeille est à son maître. » Aussi, est-il admis qu'on ne doit recourir à l'adoption qu'en cas d'évidente nécessité.

En permettant à l'homme qui n'a pas d'enfants de s'en procurer, l'adoption a pour effet d'éviter l'extinction de la famille. Ce rôle, l'adoption ne le joue pas d'une façon aussi absolue chez les Arabes que dans beaucoup de législations modernes, la nôtre, par exemple. Celà vient de ce que l'adoption arabe, depuis le triomphe de l'Islamisme, ne fait pas toujours de l'adopté un successeur de l'adoptant (Tunisie et Maroc). Parmi les effets de l'adoption, c'est pourtant le plus significatif et le plus considérable. Dans notre législation, notamment, il revêt une importance spéciale. Elle est dûe à ce que nos auteurs ont reproduit dans le code civil la vieille disposition de la coutume de Paris : « Le mort saisit le vif. » Et ainsi l'héritier est devenu un continuateur de la personne, c'est-à-dire qu'il est censé continuer la personne du défunt ; le défunt est censé revivre dans la personne de son héritier. Il est facile de se rendre compte de ce qu'une pareille conception ajoute encore de vraisemblance à la fiction qui fait de l'adopté un enfant de l'adoptant. A la mort de l'adoptant, ne rend-elle pas l'adopté possesseur des mêmes choses que celui-là possédait ? D'après elle, il n'y a pas de solu-

tion de continuité entre les deux vies, celle du défunt et celle de l'héritier, et dans notre cas, celle de l'adoptant et celle de l'adopté. Aussi est-il exact de considérer l'adoption dans de pareilles législations comme une suprême ressource contre le danger de l'extinction. Mais, en droit musulman, où l'adopté n'est, le plus souvent, que le légataire de l'adoptant, ce rôle de l'adoption est moins absolu et moins apparent. En soumettant l'adoption arabe à une analyse juridique très serrée, on pourrait même soutenir que, dans certains pays (Tunisie et Maroc), elle ne remplit pas ce rôle. Pourtant, si l'on réfléchit que l'adoptant en léguant ses biens à l'adopté a pour but de se donner un successeur, un continuateur de sa personne et de son patrimoine, et que, s'il a recours à un tel procédé, c'est à son corps défendant et pour ne pas être en contradiction avec les révélations du Livre Saint, il paraît excessif de se refuser à reconnaître que l'adoption arabe continue à jouer son rôle traditionnel comme au temps de la Djahilîa.

Détail particulier au Maroc, l'adoption s'y exerce surtout au profit des affranchis. L'esclavage étant pratiqué dans ce pays, les affranchis y sont nombreux. A notre avis, cette particularité s'explique par la situation juridique faite à l'affranchi par la loi musulmane. Le caractère de cette situation est d'être assez floue. Du fait de l'affranchissement, une sorte de parenté s'établit entre l'ancien maître et l'affranchi, mais qui n'est pas la véritable parenté. Le lien qui unit l'affranchi au patron est simplement analogue à celui qui existe entre parents (1) ; car, le Prophète a défini lui-même le patronage : « Un lien comme le lien de parenté qui ne peut être ni vendu ni donné ». D'autre part, cette espèce de parenté, née de l'affranchissement, sert de fondement à une vocation héré-

(1) MORAND, *Etudes de Droit musulman*, p. 38.

ditaire ; mais, cette vocation n'est pas réciproque : l'affranchi ne peut hériter de son ancien patron ; le patron peut hériter de son affranchi, mais seulement en l'absence de parents acebs. Tels sont les effets de droit produits par l'affranchissement ; vis-à-vis de l'affranchi ils apparaissent comme étant presque nuls. Or, il arrive souvent que le patron conçoive une affection telle pour son esclave que l'affranchissement ne lui semble être qu'une expression insuffisante de celle-ci. En pareil cas, l'adoption lui permet de donner la juste mesure de ses sentiments. Si, pas plus que l'affranchissement, elle ne fait de l'adopté un héritier de l'ancien maître, elle lui assure des avantages matériels et moraux d'une importance inappréciable dans la maison de l'adoptant ; d'autre part, il est d'usage, nous le savons, au Maroc, que l'adoptant supplée à l'absence de vocation héréditaire par le t'nzil. Enfin, autre raison qui peut expliquer l'adoption des affranchis, c'est l'estime dans laquelle les tenait le Prophète (1).

(1) Abou Moussa rapporte que l'envoyé de Dieu a dit : « Tout homme qui, ayant une fille esclave, l'instruit et lui donne une bonne éducation, puis l'affranchit et l'épouse, aura une double récompense. Tout homme des gens du Livre qui aura cru en son Prophète et qui croira en moi aussi aura une double récompense. Tout homme esclave qui remplit ses devoirs envers ses maîtres et ses devoirs envers le Seigneur aura une double récompense.

Ech Che'bi a dit : Prends-le (ce hadits) pour rien, et pourtant il y avait des gens qui pour moins que celà allaient jusqu'à Médine.

Suivant un autre isnad, Abou Moussa aurait rapporté que le Prophète aurait dit : « Affranchis-le et donne-lui une dot. »

El Bokhari, t. III, titre LXVII, ch. XII, p. 550.

Vu :

Le Président de Thèse,

M. Morand.

Vu :

Le Doyen,

M. Morand.

Vu et permis d'imprimer :

Alger, le 26 mars 1919.

Le Recteur,

E. Ardaillon.

BIBLIOGRAPHIE

Abd-Ul-Hamid ben Badis. — Fatwa.

Abd-er-Rahman ben Abd-el-Qader Al-Fasi. — Amal El-Fasi, édition lithographiée de Fez : 1291, 2 vol.

Abès ben El Oubis, cadi des Oulad Amran, région des Doukkala (Maroc). — Fatwa.

Abès El Marakchi, amin el amlak à Mazagan. — Fatwa.

Ali El Mesnaoui, cadi des Oulad Bou Zrara, région des Doukkala (Maroc). — Fatwa.

At-Tasouli (Ali). — Commentaire de la Tohfâ, d'Ebn Acem, 2 vol., Le Caire, 1317 (de l'hég.).

Bouchaïb ben Hamida, cadi des Aounat, région des Doukkala (Maroc). — Fatwa.

Charani. — Balance de la loi musulmane, trad. Perron, Alger, 1898.

Clavel. — Droit musulman du statut personnel et des successions, Paris, 1895 (Hanifi).

Doutté. — Les Haha. — Bulletin de Commerce de l'Afrique Française, Rev. Col., 1905, n° 1, p.8.

Derouich Mostapha ben El Hadj Derouich, cadi de Constantine. — Consultations.

Dozy (R.). — Histoire des Musulmans d'Espagne, éd. 1861.

Dozy (R.). — Histoire de l'Islamisme, éd. 1879.

Ebn Acem. — Tohfat-el-Houkkam, trad. Houdas et Martel, Alger, 1882-1893.

El Bokhari. — Les traditions islamiques, trad. Houdas et Marçais, Paris, 1903, 1908, 3 vol.

El Madi El Ouazzani. — M'iayar El Djedid, édition manuscrite.

Hanoteau et Letourneux. — La Kabylie et les coutumes kabyles, Alger, 1893.

Jaussen (Le P.) — Les Arabes au pays de Moab, Paris, 1908.

Jaussen et Savignac. — Mission archéologique en Arabie.

Kasimirski. — Le Coran, Paris, 1891.

Khalil. — Code musulman, trad. Seignette, Constantine, 1878.

Lambert (E.). — Etudes de droit commun législatif. Introduction. La fonction du droit civil comparé, Paris, 1903.

Larbi El Nasiri, naïb du Ministre de la Justice à Rabat. — Fatwa.

Larcher (E.). — Traité élémentaire de législation algérienne, Alger, Paris, 1903.

Luciani (J. D.). — Traité des successions musulmanes (extrait du Commentaire de la Rahbia par Chenchouri, de la Glose d'El Badjouri et d'autres auteurs arabes), Paris, 1890.

Mahafoud ben El Asri, cadi des Oulad Fradj, région des Doukkala (Maroc). — Fatwa.

Morand (M.). — Etudes du droit musulman algérien, Alger, 1910.

Morand (M.). — Cours professé à la Faculté de Droit d'Ager (inédit).

Morand (M.). — Avant-projet de Code présenté à la Commission de Codification du Droit musulman algérien, Alger, 1916.

Mouradja d'Ohsson. — Tableau général de l'Empire Ottoman, t. V et VI, Paris, 1824, contient la traduction du Confluent des Mers d'Ibrahim Halabi (Hanéfi).

Planiol. — Précis de droit civil, Paris.

Sautayra et Cherbonneau. — Droit musulman : du statut personnel et des successions (maléki), Paris, 1873-1874.

Van den Berg. — Principes de droit musulman selon les rites d'Abou Hanifa et de Chafi, in « Rev. Alg. et Tun. de législ. et de jurisp. », 1881, I, 166 et s.

Zeys (E.). — Traité élémentaire de droit musulman, Alger, 1883, 2 vol.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 9

PREMIERE PARTIE

L'adoption aux temps antéislamiques 13

DEUXIEME PARTIE

L'adoption dans le Coran et dans la doctrine musulmane 23

TROISIEME PARTIE

L'ADOPTION DE NOS JOURS

Généralités 49

CHAPITRE I

L'inzal en Algérie 59

CHAPITRE II

L'inzal en Tunisie et au Maroc 89

CHAPITRE III

L'adoption en pays berbère 95

CHAPITRE IV

La ta'abbi 103

CONCLUSIONS

Le rôle social de l'adoption 111